

עטרת דבורה

פסקי דין

שהתבררו בבית הדין
בתוספת בירורי הלכה

בענייני

אבן העזר וחשן משפט

חלק ב

מאת

הרב אוריאל לביא

אב"ד צפת וטבריה

כל הזכויות שמורות למחבר
קשת © ה'תשס"ט

שחרית מן הכותב אל הקורא
עריכה והכנה לדפוס
טלפון 072-2113131 ד.א. yosi@bsy.co.il

אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני
לרבות צילום והקלטה,
ללא אישור בכתב מהמחבר

תוכן הפסקים

אבן העזר

491.....	סידור גט לאחר ששופט איים על הבעל במאסר	סימן עז:
499.....	פסק דין בשאלת מסירת מודעא בגט	סימן עח:
511.....	פסק דין בשאלת כשרות גט	סימן עט:
517.....	"הרחקות דרבינו תם" לרבות שלילת רשיון נהיגה ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי" ובית הדין לא פסק כפיה או חיוב לגרש	סימן פ:
536.....	ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם"	סימן פא:
546.....	ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם"	סימן פב:
548.....	שלילת קצבת ביטוח לאומי מסרבן גט	סימן פג:
558.....	מעמד של בני זוג לאחר גירושין שסודרו על ידי אדם שאינו בקי בטיב גיטין	סימן פד:
568.....	מעמדו של השליח הראשון לאחר שמינה שליח שני	סימן פה:
577.....	האם יש חשש בכשרות הגט כשהבעל הוטעה בהסכם הגירושין	סימן פו:
618.....	בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד	סימן פז:
629.....	בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד	סימן פח:
632.....	חיוב הגירושין כששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה (בירור שיטת רבינו ירוחם)	סימן פט:
637.....	כפיית גט לבעל שעזב את אשתו וחי עם אשה אחרת	סימן צ:
647.....	האם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאים לגירושין (בירור שיטת מהרשד"ם)	סימן צא:
662.....	חיוב גירושין לבעל אלים	סימן צב:
672.....	בעל הכלוא בבית הסוהר - חיובו בגירושין	סימן צג:
687.....	כפיית הגירושין על הבעל עפ"י דעת רוב הפוסקים	סימן צד:
689.....	נעל חליצה שחלקה העליון פתוח ברובו	סימן צה:
692.....	חזרה מהתחייבות לטובת הבעל המחוייב בגירושין	סימן צו:
696.....	אשה שהתגרשה מבעלה בערכאות בלבד ונישאה לגוי ומבקשת לחזור לבעלה	סימן צז:

חושן משפט

707.....	מעמדו של בית דין קבוע בעיר	סימן א:
709.....	הכרעת הדין עפ"י הרוב בבוררות	סימן ב:
712.....	דחיית טענות הנתבע המבקש שלא לחתום על שטר בוררות ושלא להופיע לדיון	סימן ג:
722.....	האם ראוי שבית הדין ינדה את המסרב להופיע בפניו	סימן ד:
723.....	מקום הדיון בדיון תורה שבין בעל לאשה	סימן ה:
726.....	נימוקים לפסק הדין בשאלת מקום הדיון	סימן ו:
729.....	האם מקום הדיון בין חסידי חב"ד בבית דין שבעיר או בבית דין של חסידי חב"ד	סימן ז:
733.....	מקום הדיון כשהבעל תושב חו"ל	סימן ח:
737.....	מקום הדיון, והאם יש מקום לשיקול המתחשב בחשש לסתימת טענות	סימן ט:
741.....	חיוב הנתבע בהוצאות גביית החוב בלשכה להוצאה לפועל	סימן י:
743.....	האם המיעוט חייב לבטל דעתו לדעת הרוב כשביה"ד דן בנושאים שאינם צריכים להיות נידונים בבית דין	סימן יא:
745.....	נתבע שסרב לדיון תורה ולאחר שנתבע בערכאות מבקש דיון בדיון תורה	סימן יב:
748.....	פסק דין בתביעת ועד אגודה שיתופית כנגד חברים באגודה	סימן יג:
752.....	דיין הקרוב לבעל דין	סימן יד:
754.....	שטר מעשה בית דין	סימן טו:
766.....	הודאת בעל דין וקנין אודיתא	סימן טז:
777.....	פרשנות הסכם שקיימות שתי דרכים לפרשו	סימן יז:
779.....	חותמת בית הדין על מסמך כראיה מוחלטת לאמינות המסמך	סימן יח:

782.....	הצמדת פירעון הלוואה וכתובה.....	סימן יט:
789.....	פרע הלוואה ולאחר זמן נמצאו חלק מהשטרות מזוייפים.....	סימן כ:
792.....	התובע טוען שהכסף ניתן כהלוואה, ולטענת הנתבע ניתן כמתנה.....	סימן כא:
796.....	טענה למחילת התחייבות שהיא בתוקף של פסק דין.....	סימן כב:
801.....	מכירת צ'קים וגבייתם בהוצאה לפועל.....	סימן כג:
808.....	חזרה מהסכם שנעשה בבית דין, ומעמדו של "יפוי כח בלתי חוזר".....	סימן כד:
816.....	פסק דין בנזקי שכנים.....	סימן כה:
828.....	פסק דין בתביעת נזיקין.....	סימן כו:
838.....	הרחבת הדירה מעל "מרפסת סוכה" המונעת בניית הסוכה.....	סימן כז:
843.....	פסק דין בנזקי שכנים.....	סימן כח:
849.....	זכותו של דייר בבית משותף לבצע שיפוץ בבניין.....	סימן כט:
850.....	בעל דירה בבניין משותף, הנהנה מהרחבת דירה של שכנו.....	סימן ל:
852.....	דרכי הפעלת סמכות הציבור כנגד תושב הקהילה.....	סימן לא:
853.....	שני בני זוג לאחר גירושין, וכל אחד מהם תובע לרכוש את הבית המשותף.....	סימן לב:
861.....	תשלום דמי שימוש בנכס לשותף שנמנע ממנו השימוש.....	סימן לג:
870.....	טענת שוכר למנוע החלפתו בשוכר אחר מפני זכותו כ"בר מצרא".....	סימן לד:
872.....	פסק דין בתביעה הדרדית של שותפים.....	סימן לה:
878.....	דין תורה שבין ועד מושב מקומי לתושב החבר במושב.....	סימן לו:
885.....	בנייה בבית משותף ללא אישור שאר השותפים.....	סימן לז:
887.....	עסקת תיווך בלא הסכם תיווך כחוק.....	סימן לח:
891.....	ביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים שסוכם מראש.....	סימן לט:
894.....	התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם.....	סימן מ:
904.....	טענת הקונה על פגם בסחורה ותביעה להשבת צ'ק שנגבה שלא כדין.....	סימן מא:
907.....	תביעה לביטול עסקה למכירת דירה בטענה ששטח הדירה קטן מכפי שהוסכם.....	סימן מב:
914.....	תביעה להחזר תשלומי שכר לימוד.....	סימן מג:
918.....	תביעת מורה כנגד הנהלת בית הספר.....	סימן מד:
923.....	תביעת עובד לתשלום שכר עבודה.....	סימן מה:
933.....	תביעות עובד כנגד בעל הבית.....	סימן מו:
943.....	סכסוך שבין מורה למנהל.....	סימן מז:
945.....	הסכם בין מוסד חינוכי לעובדיו שאינם זכאים לפיצויי פיטורין.....	סימן מח:
947.....	חלוקת משק בין בני זוג כשאחד מהם במעמד של "בן ממשיך".....	סימן מט:
953.....	שוכר שצבע את הדירה שלא בדיעת המשכיר.....	סימן נ:
956.....	תביעת בעל בית כנגד שכן שבנה שלא כדין.....	סימן נא:
957.....	תשלומי נזק עקב התנגשות בין שתי מכוניות.....	סימן נב:
965.....	האם הדר בבית חבירו בלא רשות חייב לשלם דמי שכירות.....	סימן נג:
970.....	על מי חובת ההוכחה כשהנתבע מכחיש גרימת נזק.....	סימן נד:
973.....	"זכויות יוצרים" לאדם שצולם בקלטת וידאו.....	סימן נה:
974.....	דין תורה בשאלת בעלות על בית הכנסת.....	סימן נו:
983.....	פס"ד בשאלת מעמד בית העלמין.....	סימן נז:
ט-א.....	תוכן מורחב של הפסקים.....	
1-13.....	מפתחות (לשני חלקי הספר).....	

סימן עז

סידור גט לאחר ששופט איים על הבעל במאסר

תמוז תשנ"ג

פרטי המקרה

בנסיבות אלו שהבעל יודע שאם לא יתן גט יכלא למחרת היום, הוטל על בית הדין לקבוע אם ניתן לסדר גט ומה יהיו התנאים מכאן ולהבא לזמנם לסידור הגט.

כפיית גט לבעל המסכים לתת גט לאחר שיקבל רכוש מסויים
יש לדון מה הדין כשכפו את הבעל המעוניין בגירושין, אלא שהבעל מעכב את הגירושין עד שיקבל את הרכוש שלפי דעתו מוטל על האשה להעביר לו. האם מאחר שבעיקרו של דבר הבעל מעוניין בגירושין, אין כאן גט מעושה, ויש לראות כפיה זו ככפיה המתייחסת לענייני הממון בלבד, דהיינו כפו אותו להמנע מתביעת הממון. או מאחר שלמעשה הבעל כעת מסרב לתת גט, אין נ"מ מהי הסיבה שמסרב לגרש, עכ"פ הוא אינו רוצה לתת את הגט כעת ובמתכונת הנוכחית, וההסכמה לתת גט הושגה באמצעי כפיה, ועל כן הגט יפסל כדין גט המעושה שלא כדין.

ראיתי באגרות משה (חלק אה"ע ח"ג סי' מד) שדן בשאלה זו, וצייד להכשיר את הגט ולקבוע שאינו נידון כגט המעושה שלא כדין, וז"ל - "אין הכפיה על רצון הגירושין, אלא שהגירושין לא יהיו למשכון להשיג איזה דבר ממנה שיש טעם גדול שאין לזה דין אונס לפסול הגט. דהא כתבו התוספות ב"ב דף מח: (ד"ה קדיש) בטעם שגט לא חשיב זביני מה שהבעל נפטר משאר כסות ועונה, משום שהיה נותנם ברצון ולא היה מגרשה ... וא"כ הוא שייך ברוצה שתהיה אשתו, שהשאר כסות ועונה ועוד יותר מזה, היה נותן שתהיה אשתו ... וזהו כוונת השיטה מקובצת בשם הרשב"א דשאר כסות ועונה לא חשבינן להו בהא לכלום ולכן פסול בגט מעושה שלא כדין. דזהו גופיה הטעם שלא נחשב לאדם דבר זה לריוח במה שעל ידי הגירושין יפטר מזה, דהא אדרבה רוצה כל אדם שתהיה לו אשה ולהתחייב לה זה. אבל באינו רוצה בה לאשה או שיוודע שלא תהיה אצלו כאשה, שבשביל זה רוצה בעצם לגרשה, רק שמחמת שהיא צריכה הגט רוצה להשיג ממנה איזה דבר, הוא רק כבית ושדה שאינו רוצה למכור בסך שנותן לו הלוקח משום שהשדה עדיף לו מהמעות שנותן לו או מפני שרוצה ליתן לו יותר משויה, שכל הענין הוא רק ענין ממון, שעל זה האר"ה דתליוהו וזבין וזביניה זביני, כיון שעכ"פ משלם לו השיוי גמר ומקני אגב אונסיה. וא"כ גם בגט כה"ג שנעשה רק

המצב החוקי הארץ הוא שענייני נישואין וגירושין נתונים לסמכותו הבלעדית של בית הדין, אך את הסכם הגירושין ניתן לערוך הן בביה"ד והן בבית המשפט. בטרם סידור הגט בית הדין מוודא שההליכים שנקטו בבית המשפט לא יצרו כפיה על הגירושין.

בנידון שלפנינו בין הצדדים התקיימו דיונים בבית המשפט ובסופו של דבר נערך הסכם גירושין, וההסכם קיבל תוקף חוקי מיד עם חתימתו ואישורו, עוד קודם הגירושין. לאחר מכן, נושא חלוקת הרכוש היה עדיין כרוך בטענות הדדיות, טענות על אי עמידה בהסכם, הבעל טען שהרכוש שקבל היה פגום וכי ההסכם אינו מקויים כנדרש. במשך החדשים הבאים התנהלו דיונים בבית המשפט שבהם הבעל הצהיר על הסכמתו לתת את הגט, אך למעשה התחמק מביצוע הגט. לטענתו ההתחמקות נבעו מרצונו להבטיח שיקבל את הרכוש המגיע לו עפ"י ההסכם.

האשה הגישה תביעה בבית המשפט לכפיית הבעל בציות לפסק הדין, והתלונה כנגדו על ביזיון בית המשפט ובקשה לקנוס את הבעל או להושיבו בכלא עקב כך. השופט בבית המשפט נוף בבעל על שאינו מתייצב בבית הדין למתן הגט כמסוכם בהסכם הגירושין, וראה את הבעל כמהתל בבית המשפט. הטרוניה כנגד הבעל היתה שבבית המשפט הבעל הצהיר שהוא עומד לתת גט בהקדם, ולמעשה התחמק מכך.

בדיון האחרון שהתקיים בבית המשפט, השופט התרה בו ואמר לו בלשון זו - "קבעו לך בבית הדין מועד לסדור הגט ביום רביעי הבא, ואני קובע לכם תאריך לדיון בבית המשפט למחרת ביום חמישי, אם אינך עומד בדיבורך ואינך נותן את הגט ביום רביעי, ביום חמישי אתה תכנס לכלא".

באותו יום רביעי הבעל הופיע בבית הדין והצהיר על הסכמתו לתת את הגט. לאחר שהחל סידור הגט, הבעל נשאל אם הוא נותן את הגט מרצונו החופשי. הבעל השיב שהוא מוכן לתת גט, מכיון שאם לא יתן את הגט השופט יכניס אותו לבית הסוהר. בעקבות תשובה זו של הבעל, התבררו לבית הדין האירועים הנ"ל שהתרחשו בבית המשפט כמה ימים קודם.

למרות האמור, הבעל הצהיר בבית הדין שהוא מוכן לתת גט מרצונו החופשי אולם רק לאחר שיעשה עמו צדק בחלוקת הרכוש ולא ינתן לו רכוש פגום וכי.

לעלות. מ"מ מי שאינו עולה לארץ ישראל מחמת חן מקומו וארצו ולא מפחד הסכנה, עוון הוא בידו. מאחר שגם בלא האונס לא היה עולה, אין מתחשבים באונס המעכבו מלעלות, ולא אמרינן אונס רחמנא פטריה.

אמנם דברי ההפלאה לא נאמרו בדין גט המעושה, אך נראה עפ"י דברי ההפלאה, שה"ה בגיטין, אם הבעל רוצה לתת גט אך גם כפו אותו לתת גט, אין ריעותא מחמת כפיה זו והבעל נידון כמגרש לרצונו.

אמנם הנידון בדברי ההפלאה בשתי הסוגיות, ובספרו פנים יפות, הוא כשנאנס להמנע ממעשה ולהשאר בשב ואל תעשה, ובוזה כתב ההפלאה שלאחר שנשאר ברצונו בשב ואל תעשה, אין נ"מ בכך שבנוסף ארע אונס המעכבו לעשות אותו מעשה. לכאורה אין הכרח דה"ה במעשה של קום ועשה שנעשה לאחר עישוי, כשהנאנס רוצה לעשותו.

אך מתוך הראיה שהביא ההפלאה לדינו, מוכח שאין חילוק בזה. שהרי הוכיח דינו מאשה שנאנסה ותוך כדי כך נתרצית, שאינה כאנוסה והתם נידונת כעושה מעשה וחייבת עליו, דהנפשות העושות קרינן בה.

העולה מדברינו, שבמקום שמעיקרא היה רצון לגרש אך גם הופעל עישוי כנגד הבעל, הוא נידון כמי שעשה את המעשה ברצון.

וכן בספר פני יהושע עמ"ס מסכת כתובות דף ב: כתב כסברת ההפלאה, ו"ל - דמידי ספיקא מיהו לא נפקא, דשמא אף אם לא אירע אונס נמי לא היה בדעתו לקיים התנאי ולבא תוך י"ב חודש". הפני יהושע דייק כסברא זו מלשון הגמ' חזו דאתאי חזו דאתאי, להורות שלולי האונס רצונו לבוא.

הגאון רבי חיים סולובייצ'יק ז"ל, הובא בקובץ "אהל אברהם" עמ"ס כתובות עמ' שנה, כתב על דברי הפני יהושע - "מבואר דס"ל להפנ"י, דכל דבר הנעשה לאונסו של אדם, שאף בלא האונס נמי היה עושה הדבר מרצונו, כיון שרוצה אין זה נקרא אונס כלל". ועיי"ש בהמשך דבריו שחילק בין שני סוגי מקרים, וכתב שבאותם מקרים שהמעשה קיים גם באונס, אלא שחסר ברצון העושה, אם מלבד האונס קיים רצון, הוא מצטרף למעשה ואינו נחשב כאונס, משא"כ במקרה שבו האונס גורם שלא יחשב כלל כעושה מעשה.

ולכאורה לפי דרכו בנידון של אונס על הגט אך מצד עצמו הוא רוצה, לא יחשב כאונס.

ועיין בספר קובץ הערות (להגר"א וסרמן ז"ל) עמ"ס יבמות סי' מט (סי' תכד בהוצאות אחרות) שהעלה שבמקום שיש רצון, אין האונס פוטר.

נראה שהלכה זו מוכחת מעיקר הדין של גט המעושה כדין בישראל כשר. עיין ברמב"ם בסוף פ"ב מהלכות גירושין שבאר הכשרו של הגט מאחר שהבעל בפנימיותו רוצה להיות מישראל, הכפיה רק מאלצת אותו להמנע ממעשה העבירה. וכתב הרמב"ם - "יצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו".

ענין משכון לממון, נמי יש לומר אגב אונסיה גמר ומקני. דמה שנפטר משאר וכסות וגם עוד דברים, כהא דכל זמן שאגוד בזו לא יוכל לישא אחרת לבד האיסור דחרם רגמ"ה, ועוד כמה דברים יש שלא טוב לאדם שתהיה אשה אגודה ביה כשאינן לו הנאת אישות ממנה, שלכן יש מקום להכשיר אף אונס דשלא כדין ושל עכו"ם. אבל אף שהיא סברא גדולה אין לסמוך על זה לבד, אבל לצרף זה לעוד טעם ודאי היא סברא גדולה לצרף, עכ"ל.

בנידון האגרות משה, בטרם העישוי לא שמענו מהבעל שמסכים לגרש, והסברא הפשוטה היא שאין תועלת באמירה כזו הנשמעת לאחר העישוי. אבל בנידון שלפנינו שידוע לביה"ד עוד בטרם הופעל כנגדו העישוי, שהוא חפץ לגרשה, אלא שמבקש לקבל ממון מסויים, בכה"ג אף אם לאחר זמן אנסוהו לגרש, יש מקום להקל אם במעמד סידור הגט אמר שרוצה לגרש.

אמנם אמירת רוצה אני שבאה אחר העישוי אין בה ממש. אך היינו דוקא במקום שידוע שנאנס לומר רוצה אני. אך בנידון דידן, יתכן שכעת הוא רוצה לתת גט ורק נאנס לוותר על תביעת הממון, בכה"ג הגט כשר, ולהלן נברר נקודה זו.

אך נקדים לברר שאלה עקרונית אחרת, מה הדין במקרה שהבעל רוצה לתת גט אך גם אנסוהו על הגירושין, למרות שלא היה צורך באונס, והעישוי לכשעצמו אינו כדין. האם יש משמעות לאונס, כשהבעל למעשה רוצה לתת גט.

שיטת ההפלאה

ההפלאה כתב כלל יסודי בהגדרת אונס, לשיטתו אין מתחשבים באונס, אם האדם עשה את המעשה מחמת רצונו ולא מחמת האונס. כלומר אם אנסוהו, אך גם בלא האונס הוא היה עושה את הדבר מרצונו, אינו נידון כאונס.

ההפלאה בחידושו עמ"ס כתובות דף ג. (על תוס' ד"ה וסברא) בסוגיית אונס בגיטין כתב שאם ארע אונס המעכב את הבעל מלבוא, אך בלאו הכי לא רצה לבוא וגם לולי האונס לא היה בא, בכה"ג אינו נידון כאונס. וכתב ההפלאה - "והבאתי ראיה לזה מהא דאמר לקמן דף נא בתחילתה באונס וסופה ברצון דס"ל לאבוה דשמואל דאסורה, ולא אמרינן כיון שעכ"פ אנוסה היא מאי עבדא במה שנתרצית".

(ואף דלהלכה לא קיי"ל כאבוה דשמואל, היינו דאמרינן יצר אלבשה, והכל נובע כתוצאה מהאונס, אבל אילו הרצון לא היה מכח האנס אלא מצד עצמה, לכו"ע היתה נאסרת על בעלה).

וכן חזרו ונשנו הדברים בספרו על התורה פנים יפות פרשת בהעלותך (ד"ה בחודש).

ובנוסף ההפלאה חזר על יסוד זה בסוף מסכת כתובות (דף קי: על תוס' ד"ה הוא אומר), וכתב דאף שמבואר בתוספות שדין "הכל מעלין לארץ ישראל" אינו נוהג בזמן הזה, מפני שיש סכנת דרכים, ונידון כאונס שאינו יכול

דמיונה מחמת מיתה שנתן כל נכסיו ... אם עמד חוזר, משום דהני דברים שבלב כל אדם שעל דעת כן נתן וכדפרישו רבותינו ז"ל, והכא נמי להא דמיא. עכ"ל הריטב"א.

מבואר בדברי הריטב"א שגט המעושה שלא כדין פסול ולא מהני מה שאומר רוצה אני, מאחר שבלבו ובלב כל אדם שהוא אנוס ואינו נותן את הגט ברצונו, על כן מתחשבים בדברים שבלב ולא במה שאומר בפיו. אך בגט המעושה כדין, אף אם יש ספק האם המגרש בלבו רוצה לגרש, עכ"פ אזלינן בתר מה שאומר בפירושו בפיו, ומה שבלבו הוא בגדר דברים שבלב בלבד.

ונראה מהריטב"א דאף בגט המעושה שלא כדין, אם אין אומדנא ברורה, שהגט עצמו ניתן באונס, אין מקום לפוסלו. ולפי זה אמנם בספר בית הלוי כתב שידיעה זו נעלמה מאתנו, וכשיש אונס ורצון יחדיו יש מקום לספק האם האדם עושה את המעשה ברצון או באונס. אך לשיטת הריטב"א היא הנותנת להכשיר את הגט. מאחר שאין אומדנא ברורה שהבעל בליבו אנוס במתן הגט, אף אם האמת היא שאכן הבעל בליבו אנוס, כגון שחזר בו ומבקש להמנע ממתן הגט, מ"מ מה שבלבו נידון כדברים שבלב, ואינן בליבו ובלב כל אדם, ובכה"ג אזלינן בתר מה שאמר בפיו, ומאחר שפיו אמר בפירושו שנותן הגט ברצון, אין לפסול את הגט.

ובספר ברוך טעם להגר"ר ברוך תאומים פרענקיל ז"ל (בשער הכולל, בסופו) כתב לבאר את שיטת הרמב"ם בפ"ב מגירושין ה"כ עפ"י דברי הריטב"א. בספר ברוך טעם (שם) הקשה על הרמב"ם שכתב בטעם הכשירו של גט המעושה כדין דלאחר שהאדם הוכה ותשש כוחו של יצר הרע כבר מגרש לרצונו. וז"ל הברוך טעם - "דברי הרמב"ם הללו צריכין תבלין, דאכתי קשה וכי פסיקא מלתא שתשש יצרו דלמא עדיין עומד באיוולתו שלא לשמוע דברי חכמים. אמנם הא דאונס מבטל המעשה אף דבכל מקום אמרינן דברים שבלב אינם דברים, הטעם דכיון דהוא אנוס הוה כמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דכל הרואה ושומע יודע שאין לבו של זה לעשות המעשה ובכה"ג דברים שבלב דברים. וממילא כשיש מקום לומר, אף דרך ספק, דלמא גמר בלבו לעשות זה ברצון שלם, אף אם אין כן בלבו, הוה מחשבה זו כדברים שבלב שאין מחשבתו ניכרת מתוך המעשה שהמעשה קיים ... וא"כ אתי שפיר טעם הרמב"ם הנ"ל בהכשר הגט הנעשה בכפיה, דכיון שיש סברא שתשש כוחו ויצרו ומגרש בלב שלם, ע"כ אף אם אין בלבו כן, הלא אין מחשבתו הרעה ניכרת, ושוה להיתר, כי כל דברים שבלב אינן דברים היכא דאין מחשבתו ניכרת לכל, עכ"ל.

ואם כנים דברינו, הרי שבהתאם לסברת הריטב"א יש מקום להכשיר בנידון שלפנינו, מאחר וידוע שגם לולי העישוי, הבעל כבר בקש לתת את הגט אלא שתבע דברים נוספים, ובעת סידור הגט הבעל אמר "רוצה אני", מניין לנו לקבוע שלמעשה כעת הוא אינו רוצה לתת את הגט. אמנם הופעלה כנגדו כפיה, אך אין כאן אומדנא דמוכח, בלבו ובלב

מבואר מדברי הרמב"ם שאין הכשרו של גט המעושה כדין, מפני שאינו נחשב כאונס, אלא למרות שהאונס עומד בתוקפו, בנוסף קיים הרצון לגרש, והגט כשר בהסתמך על הרצון של הבעל לתת גט.

ובספר בית הלוי (עה"ת, פרשת שמות) על הפסוק וירא אלוקים את בני ישראל, כתב. וז"ל - "והנה טענת אונס לא שייך רק היכא דאם לא היה האונס לא היה עושה אותו דבר והאונס הביאו לעשות, ואז נחשב כאילו לא עשה. אבל היכא דגם אם לא היה האונס היה עושה, הגם דעתה הוא אנוס, בכה"ג לא מקרי אנוס כלל. וכמו דמבואר בהפלאה".

בהמשך דבריו כתב בית הלוי - "והנה ידיעה זאת היא נעלמה מעין כל בריה לירד לסוף דעת האדם החוטא באונס או בשוגג לידע מה היה עושה אלולא זה האונס שמביאו לידי כך, רק גלוי לפניו יתברך", עכ"ל. ועי"ש שכתב לבאר את הפסוק בהתאם לדין זה.

לפי זה, אמנם בגט המעושה כדין ע"י ב"ד של ישראל, לפי מש"כ הרמב"ם יש לנו ידיעה ברורה שאכן הוא רוצה לגרש. אך בגט המעושה שלא כדין, אמנם בכה"ג שהבעל מודיע על רצונו לתת גט גם לולי העישוי, הגט כשר. אך לפי מש"כ בית הלוי ידיעה כזו היא בלתי אפשרית, מאחר שיתכן שלאחר שהופעלה כנגדו הכפיה, נמלך בדעתו ומבקש להמנע מהגט ולשוב לדור עם אשתו בשלום, ורק מפני האונס הוא נאלץ לגרשה. אך יתכן שבמקום שקיימת אומדנא ברורה שרצונו בגט יחשב כאומר בפירושו על רצונו לתת גט.

שיטת הריטב"א

יש מקום לדון להכשיר את הגט, מאחר שלמעשה בעת סידור הגט הבעל אומר שהוא נותן את הגט ברצון. וזאת עפ"י דברי הריטב"א בחידושו עמ"ס קידושין דף נ. (ד"ה הא דאמרינן).

הריטב"א מבאר את החילוק בין גט המעושה כדין לגט המעושה שלא כדין. לכאורה היה מקום לקבוע אותו דין ביחס לשני המקרים, ממה נפשך, אי אזלינן בתר דברי הבעל בעת סידור הגט, בשני המקרים הוא אומר רוצה אני. ואי אזלינן בתר מה שבלבו של הבעל, בשניהם יש לפסול את הגט, מאחר ולמעשה בשניהם הבעל אנוס לתת את הגט. מה החילוק אי אנטוהו כדין או שלא כדין.

וכתב הריטב"א - "ומסתברא לי דבשלמא כדין הוה דברים שבלבו, דהא אפשר דכיון דאניס כדין דגמר ומגרש, ואי לא גמר בליביה, דברים שבלבו הם ואינם דברים. אבל כשהוא מעושה בעכו"ם, א"נ בישראל שלא כדין, אנו סהדי שהוא אנוס מתחילה ועד סוף והוה להו דברים שבלבו ובלב כל אדם דהוה דברים. כדאמרינן גבי מברחת דלא קנה אע"ג דלא גליא דעתה כדאיתא בכתובות ... וכדאמרינן במי ששמע שמת בנו ונתן כל נכסיו ואח"כ בא בנו שבטלה מתנתו אע"פ שלא אמר כלום בשעת המתנה ... וכדקיי"ל

הריטב"א קידושין (נ') מקשה למאי דבעי למימר דטעם הכשר גט מעושה משום דברים שבלב אינם דברים, א"כ למה שלא כדין פסול, ותרץ משום דהוי בלבו ובלב כל אדם יעיי"ש. וא"כ בני"ד כיון שאינו ברור שדעתו לשוב לאשתו, ואדרבה סתמא אין דעתו לשוב, גמר ומקני, א"כ אף באמת דעתו לשוב הוי דברים שבלב, עכ"ל האבני נזר.

הרי שהאבני נזר העלה מתוך דברי הריטב"א שבמקום שיש ספק אם גמר וגרש או שנשאר אנוס, אזלינן בתר פיו שאומר רוצה אני.

אלא שהאבני נזר כתב סברא זו להקל רק אם ניתן לבעל סכום של כסף ומכח הסברא דאגב זוזי גמר וגרש. אבל בלא"ה לא הקל לומר שאם הבעל אינו חפץ באשתו אך מעלה תביעות ממון, שהכפיה מתייחסת רק למנוע ממנו את העלאת התביעות ואינה מתייחסת לעצם הגירושין. מה עוד שבסוף התשובה (באות כז) האבני נזר הביא את לשון הריטב"א (שהביא בתשובת ר"ב אשכנזי) שכתב בשלמא במכר ובקידושין בהני זוזי מקני, אבל הכא בהני זוזי מגרש (בתמיה). וכתב ע"ז האבני נזר שסברא זו היא סניף לפסול הגט בכל גווני, ולא מהני זוזי, אף אם הבעל בגד באשתו ואינו חפץ בה כלל. ולכאורה נראה שמסקנת האבני נזר היא שלא לסמוך על הסברא הנ"ל מכח דברי הריטב"א בקידושין.

אך נראה שאין סתירה מדברי האבני נזר, למה שכתבנו להקל עפ"י דברי הריטב"א בקידושין דלא להוי גט מעושה בכה"ג שידוע שרוצה לגרשה אלא שתובע תביעת ממון ועקב האונס ויתר על תביעתו.

האבני נזר איירי בכה"ג שבטרם שהופעל העישוי כנגד הבעל הוא לא אמר רוצה אני לתת גט, אלא אנו סבורים מאחר שעזב את אשתו לכמה שנים אינו חפץ בה יותר, ולכן הסברא שכתב האבני נזר לדון ולהכשיר את הגט היה לה קיום רק מטעם דאגב זוזי גמר וגרש. ובנקודה זו מסקנת האבני נזר שיש לחוש ולא לסמוך על סברא זו דאגב זוזי גמר וגרש, מכח מש"כ ר"ב אשכנזי בשם הריטב"א.

ונראה שדברי הריטב"א (המובא בתשובת ר"ב אשכנזי) היא כסברא המבוארת בריב"ש סי' קכז דלא מהני נתינת מעות בגט מעושה "דאין דמים לאשה". וכן בשו"ת הריב"ש החדשות סי' כז בתשובת רב חסדאי קרשקש כתב - "אם אמרו במקח וממכר שהדבר עשוי למכור בעילוי דמים, אבל אשה אינה עשויה להתגרש בדמים". ונראה שזו כוונת הריטב"א שכתב שלא בהני זוזי מגרש, והיינו שבגירושין אין מתן מעות גורם את הגירושין מאחר שאין דמים לאשה, ולכן לא קיימת הסברא דאגב זוזי גמר ומגרש. ולכן מסקנת האבני נזר שלא להקל בנידון שלו, אלא לחוש לדעת הראשונים הסוברים שאין כל נ"מ במתן המעות, וממילא מהיכ"ת להקל לאחר שעישו את הבעל שלא כדין, ואין ידוע לנו מתוך דברי הבעל שגם לולי העישוי היה מגרשה.

אבל בנידון שאלתנו הנ"ל שעוד זמן רב בטרם שהפעילו כנגדו את העישוי הבעל אמר שהוא מבקש לגרשה, בכה"ג

כל אדם שאינו נותן את הגט ברצון. כל הרואה אותו נותן את הגט יכול להבין מתוך מעשיו שהכפיה פעלה רק לאלץ אותו להמנע מהתביעות הנוספות, ואת הגט עצמו הוא נותן ברצון. עכ"פ אין לנו אומדנא דמוכח לומר אחרת. וגם אם העניין מסופק לנו, אין ריעותא בגט, גם אם בליבו אינו רוצה, עכ"פ מה שבלבו, אינו בליבו ובלב כל אדם.

וכעין סברא זו מצינו בשו"ת בית אפרים (מהדורה תניינא) אה"ע סי' עג (עמ' ש') שדן במי שנאנס לגרש, אך בטרם גרש, תשש כוחו של האנס. וכתב שם - "כל שנשתנה הענין, אף דאפשר שעדיין יש כח ביד האנס לאנסו, כיון שתשש כוחו במקצת הו"ל כדברים שבלב. ונראה מזה דאף שנראין הדברים, דאף עתה עדיין הוא מפחד מחמת המציק שיאנסו כבתחילה ולכן השליש הממון, מ"מ כיון שאין הדבר ברור שהוא כן, דאפשר שעתה אין לו כח זה, חשיב כדברים שבלב. ודוקא היכא שהדבר גלוי לכל שיש בו כח לאנסו כבתחילה, אע"פ שעתה אין עליו אונס ומשליש מעצמו, לא חשיב דברים שבלב, כיון דאומדנא דמוכח וגלוי לכל שיש בידו לאנסו הרי זה כדבר שבלבו ובלב כל אדם דהוי דברים, כמ"ש הריטב"א בקידושין בטעמא דתלוה ויהיב וגט מעושה. משא"כ היכא שאין הענין ברור, אע"פ שיש להסתפק שמה עושה כן מיראה, מ"מ כיון שלא גילה דעתו למסור מודעא הו"ל דברים שבלב. ובהכי ניהא לי במה שמעשים בכל יום כשמרגילין קטטה ומגרש, ואח"כ המגרש צווח ככרוכיא שגירש מחמת אונס, אין משגיחין בדבריו כלל, כשאין מברר שהיה אונס בנתינת הגט, רק שהוא אומר שהציקתו ותאלצהו על ידי איזה אונס גמור ... כיון דעכ"פ גירש בפני עדים בסתם ברצון נפשו, אף שהיה בלבו שעושה כן מחמת האונס, דברים שבלב ניהו, והרי היא מותרת לכל אדם".

ונראה שהאבני נזר הסכים לעיקר הסברא שהעלנו מתוך דברי הריטב"א, וכמו שנבאר להלן.

האבני נזר (חלק אה"ע סי' קסז אות ו'), השיב בנידון בעל שעזב את אשתו לכמה שנים ואחר כך מצאו אותו וכפוהו לתת גט לאחר שנתנו לו סכום כסף. וכתב האבני נזר דאמנם לדעת הריב"ש והריטב"א לא אמרינן בגט, תליוהו וגרש מהני, דומיא דתליוהו חובין דאגב זוזי גמר ומקנה. אך הוסיף האבני נזר - "נראה לי דאף לריטב"א וריב"ש דס"ל בגט לא מהני מעות היינו בשוהא רוצה לדור עמה ומחזיקה, דבוה ודאי לא נאמר אגב אונסא וזוזי, דודאי אף אם יתנו לאדם כל הון לא יגרש אשתו. אבל איש זה שבגד באשתו ועזבה מכמה שנים, ודאי סברא הוא אגב אונסא וזוזי יותר מבשדהו, מאחר שאינו רוצה בה כלל, רק שיהיה לו שעבוד עליה שלא תוכל להנשא לאחר בלא רשותו ויוכל להוציא ממנה ממון על ידי זה, ובודאי נאמר שעבור זוזי גרשה, וזה מסתבר מאד. ואם תאמר מי יימר שעתה ג"כ אינו רוצה בה, שמה עתה רוח אחרת עמו, או גם מעיקרא עזבה רק כדי לקבץ ממון כדרך הריקים, ואח"כ דעתו לשוב לאשתו. ואף שהוא חשש רחוק נחוש לזה משום חומר אשת איש ... דהא

אונס אין בדבריו כלום". (ואמנם רוב הראשונים חולקים על הרמב"ן, עיי"ש בר"ן בדעת הרמב"ם ובחי' הר"ן בדף מ: וברבינו יונה והר"י מגאש בתוס' רי"ד וברא"ש ובטור וש"ע אה"ע סי' קלד ס"ב ובקצות החשן סי' רה סק"ה).

ומאחר וזו דעת מהר"ח אור זרוע, הרי שלדעתו גם אם נמסרה מודעא, הכשרו של הגט תלוי בבירור השאלה האם הבעל היה אנוס. וכשמהר"ח או"ז דן אם אכן הבעל היה אנוס הוא כותב שיש לבחון האם בעיקרו של דבר הבעל מעוניין בגירושין או שהוא אנוס על הגירושין. ובמקרה שהבעל מעוניין לגרשה, אך מבקש להשיג רווחים תמורת הגט, אין לראותו כמי שנתן גט לאנסו, אף לאחר שאנסוהו לגרש ולא קבל את מלוא תביעותיו.

ונראה שתהיה נ"מ לדינא בין סברת מהר"ח אור זרוע, לסברא שהעלנו מתוך דברי הריטב"א בקידושין. והיא מה הדין בכה"ג שהבעל אומר בעת מתן הגט שהוא אנוס לתת גט ולולי האנוס היה עומד על תביעת הממון שלו. לדעת מהר"ח אור זרוע, אף בכה"ג אינו נידון כגט מעושה מאחר שהוא רוצה את עיקר הגירושין, משא"כ לפי מה שהעלנו מתוך דברי הריטב"א, אין ראייה להכשיר, מאחר ונאמרו דברים מפורשים בפיו, ודעתו כבר אינה בגדר דברים שבלב בלבד אלא דברים המפורשים בפיו.

בהמשך דבריו כתב מהר"ח אור זרוע שבנקודה זו שוה דין גט מעושה לדין גט מוטעה. וז"ל - "ויכול להיות אפילו אם הטעוהו שנדרו ליתן ממון כמו שתבע וכשגרש לא נתנו לו כלום שהגט כשר מטעם זה. כיון שתבע מעות, שמא אינו חפץ בה כלל מחמת קטטה שביניהם. וכדי שיפטר ממנה גמר וגירש, ולא על מנת שיתנו לו לומר אם לא יתנו לא יהא גט. שאינו רוצה להיות קשור בה, אלא גמר ומגרש לגמרי ליפטר ממנה".

דהיינו לסברא שכתב מהר"ח או"ז שהכל תלוי האם הבעל רוצה את עיקרן של הגירושין, דן מהר"ח דאף אם הטעוהו ולא נתנו לו את אשר הבטיחוהו. מאחר וידוע שמעוניין לגרשה, אין לחוש לפסול את הגט.

ונראה להוסיף ולהבהיר את סברת מהר"ח או"ז בהשוואת דין גט מעושה לדין גט מוטעה. הן בגט מעושה והן בגט מוטעה, בסופו של דבר, הבעל אומר לבית הדין שהוא מבקש לתת גט מרצונו, אלא שבשניהם קיימת ריעותא ברצון של הבעל לתת את הגט. בגט מעושה הריעותא היא שהוא נאלץ להסכים, ובגט מוטעה הרצון לגרש אמור להתבטל מעיקרו כשהתגלתה הטעות. ביחס לשתי הלכות אלו קובע מהר"ח אור זרוע שבמקום שידוע שהבעל ודאי רוצה בגירושין, אנו רואים לפנינו שני נושאים נפרדים, הנושא הראשון הוא הגירושין עצמן, והנושא השני הוא תביעות הממון שהבעל העלה. ואם הבעל היה מעוניין בעצם הגירושין, אנו קובעים שהעישוי או ההטעיה מתייחסים רק לנושא השני, דהיינו עישו אותו לוותר על תביעות הממון שלו, או שהטעוהו במשא ומתן הממוני, העישוי וההטעיה

גם לאחר שעישו אותו, אין אומדנא דמוכח שהוא נותן את הגט מתוך אונס.

וגם במקרה שהבעל מבקש לקבל ממון ובעקבות העישוי הוא כבר אינו תובע את הממון, מנלן שהוא אנוס על עצם הגט, יתכן שהוא נותן את הגט ברצון, שהרי בין כה וכה בקש לגרשה, ולפי מש"כ ההפלאה ובית הלוי, בכה"ג אינו נידון כאנוס. וי"ל שהאנוס מתייחס רק למנוע ממנו לתבוע את הממון שבקש, והיינו עפ"י סברת הריטב"א בקידושין (דף נ:). ומדברי האבני נזר נראה שהסכים שיש להוציא מסקנה זו מדברי הריטב"א.

שיטת מהר"ח אור זרוע

ביחס לשאלתנו במי שעיקב את הגט עקב תביעת ממון ועישוהו לגרש והיה ידוע שבין כה וכה רצה לגרשה, מצאנו פתרון לספק זה בתשובה מאחד מרבותינו הראשונים. בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קכו נשאל במי שכפוהו לתת גט וקודם למתן הגט התפשרו עמו שיקבל סכום כסף ואחר כך מסר מודעא על הגט.

וז"ל השאלה - "אודות ר' נפתלי שתפס את חתנו בידי גוים ואחר כך פשרו עמו במ"ד ליטרא והוא מסר מודעא".

מהר"ח אור זרוע דן להכשיר את הגט גם אם נמסרה המודעא לאחר שעשו פשרה, ובתוך דבריו כתב בזה"ל - "ואפילו אם אחר הפשרה מסר מודעא, קודם שנתנו ליד נאמן ברצונו, איכא למימר דמחמת כן מסר המודעא שאם לא יהיה בטוח מן המעות כרצונו לא יהא גט אבל אם יתנום ליד מי שהוא ירצה ויהא בטוח כרצונו יהא גט ... ואפילו אחר שבאו המעות ליד מי שצוה, איכא למימר מחמת שהיה ירא פן יעשו שום פטופט על ידי גוים או יהודים בשום טענה, שהנאמן לא יהא רשאי ליתן לו מעותיו מיד עשה מודעא. או שמא מעיד היה בדעתו שרוצה על ידי מודעא זו לכופם ליתן לו יותר אחר גט זה שיתן לה אחר מודעא. לא בשביל שאינו מגרש ברצון, וכל כוונתו להוציא מעות מהם, אבל בגירושין חפץ הרבה. ומעתה איך יוכלו עידי המודעא לומר ידעין באונסיה שלא גרש ברצון, אדרבה שמא הוא חפץ יותר לגרש ממה שהיא חפיצה להתגרש, אלא שפטפט להוציא מעות מהם. וכשראה שלא היה יכול להוציא מהם יותר גמר ומגרש בלב שלם. שהוא חפץ יותר להיפטר ממנה ממה שהיא חפיצה להיפטר ממנו. כך יש לנו לומר כיון שאנו רואין שנתן עיניו בממון. דדוקא אדם שכופין אותו להוציא והוא אומר לא אקח כל ממון שבעולם שאגרש את זוגתי כי היא חביבה לי כנפשי בזה יועיל מודעא, אי העדים יודעים באונסיה, אבל בכה"ג לא תועיל המודעא כלום", עכ"ל.

להבהרת דברי מהר"ח אור זרוע יש להקדים ולומר שבהלכות מסירת מודעא על הגט, כפי הנראה מתשובה זו, דעת מהר"ח או"ז כדעת הרמב"ן המובא בחי' הר"ן עמ"ס ב"ב (דף מ:). הבי"א אה"ע סי' קלד הביא שיטת הרמב"ן, וז"ל - "נראה מדברי הרמב"ן ז"ל שכל שתלה מודעתו בדבר שאינו

שגנבה מנכסי בעלה הראשון יהיה גט בטל ובניה ממזרין, ישתקע הדבר ולא יאמר, דודאי יכול לתבוע אותה מה שלקחה משלו אבל אין זה ענין לקיום הגט דבין כך ובין כך לא נשתנה דעתו לקרב ולא לגרש, ואם היה מעכב נתינת הגט עד שתחזיר לו שלו זהו דרך כפיה ולא שינוי דעת בגירושין, עכ"ל מהריא"ז עניזל.

מבואר שעיקר סברת מהריא"ז היא שיש להפריד בין סדור הגט לבין ענייני הממון שסוכמו קודם לכן. ומאחר והבעל מעוניין בעצם הגירושין, בין קודם שהטעוהו ועוד יותר לאחר מכן. ולכן אין לחוש לכשרות הגט, מאחר וההטעיה אינה פוגעת במעשה גירושין, וכסברת מהר"ח אור זרוע.

ולסברא זו, י"ל דה"ה בשאלת גט מעושה בנידון שאלתנו, מאחר והבעל בין כה וכה מעוניין לגרשה, הרי שהעישוי מתייחס רק לצד הממון שבגירושין.

אך להלן סי' פו בפרק ב' הבאנו הרבה פוסקים שהחמירו במקרה שהריצוי לגט נכרך בתמורה מסויימת שהיתה אמורה להתקבל, ולבסוף הבעל הוטעה שקבל את התמורה והגט ניתן, בכה"ג הריצוי מתבטל. ואין דנים להכשיר הגט מכח סברא הטוענת שהבעל מעוניין בעצם הגירושין. ולפי זה ה"ה בנידון שכפו את הבעל לגרש. מאחר שהריצוי לגירושין הושג בכפיה, אף אם הבעל למעשה היה מעוניין בעצם הגירושין, עכ"פ לא היה ריצוי לגירושין במצב הנוכחי כשאינו מקבל ממון מסויים שדרש לקבל, ולשיטה זו לא ניתן לחלק ולטעון שמאחר וקיים ריצוי עקרוני לגירושין די בכך שלא יחשב גט מעושה.

ועדיין יש לדון שאין מדברי מהר"ח אור זרוע סתירה לסברא זו. אמנם מלשונו משמע דכתב דבריו בכל גווני. אך יש לדון מאחר שלדעת מהר"ח אור"ז בנידון שם היה מקום לחייב את הבעל בגירושין, עי"ש בתשובה, אלא שהתעורר ספק בכשרות הגט מפני המודעה שהבעל מסר, בנסיבות אלו קבע מהר"ח אור"ז מאחר שהעדים צריכים לידע באונסו (לסברת מהר"ח אור"ז), אם שהבעל מעוניין בעצם הגירושין, העדים נידונים כמי שאינן יודעים באונסו, דשמא אינו אנוס, ובהכי סגי שלא לחוש למודעה שמסר. אבל יתכן דשאלו היינו דנים במי שהדין אינו מחייבו לגרש, ולא מסר מודעה, אלא שכפוהו לגרש, יתכן דבכה"ג היה מהר"ח אור"ז פוסל את הגט, אף אילו ידענו שהבעל מעוניין בעצם הגירושין, כל עוד אין ריצוי למעשה הגירושין במתכונתו הנוכחית.

ולפי זה, אין ראייה מתשובת מהר"ח אור"ז לסייע לתשובת מהריא"ז עניזל. למרות זאת, מפשטות לשונו של מהר"ח אור"ז משמע שלא חילק בזה, אלא סבר כאותה סברא שהבאנו מתשובת הריא"ז עניזל.

ונראה שיש מקום לחלק בין דין גט מעושה לדין גט מוטעה, וגם המחמירים בגט מוטעה (דומיא דהנידון שהוזכר לעיל) יקלו בגט מעושה (באותם מקרים בהם ידוע שהבעל מעוניין בעצם הגירושין וכפוהו לוותר על תביעות אחרות).

אינם מתייחסים לרצון בעצם הגירושין, ולכן אינן פוגעים בכשרות הגט.

בהתאם להשוואה זו של מהר"ח אור זרוע בין דין גט מעושה לדין גט מוטעה, שבשניהם העיקר תלוי האם בעיקרו של דבר הבעל מעוניין בעצם הגירושין, יש לדון שדינו של מהר"ח אור זרוע תלוי בפלוגתת הפוסקים שנחלקו בדין כשרות הגט במקרה שהטעוהו את הבעל בהשלשת חפצים שהיה אמור לקבל בטרם הגט.

להלן בסי' פו בפרק ב' הארכנו בביאור פלוגתא זו, וכאן נביא רק מתשובת מהריא"ז עניזל (שהיה תלמידו המובהק של בעל קצות החשן). בסי' פא השיב בנידון שהוסכם עם הבעל בהסכם הגירושין שיקבל חפצים מסוימים ואכן הם הוחזרו לו, ולאחר הגירושין התברר שמלכתחילה לא ניתן לבעל כפי סוכם עמו, מאחר והאשה החסירה מהם חלק מהחפצים בלא שדבר היה ניכר מתחילה, והתעוררה שאלת גט מוטעה.

מהריא"ז עניזל כתב, וז"ל - "חלילה להוציא לעז על גט כשר כזה, שהרי לא גירשה בשביל חזרת החפצים, אלא מחמת קטנות ושנאה שביניהם, ומה שנתפשו אח"כ שתתן לו חפציו והוא יתן לה ג"פ הם שני ענינים חלוקים ואינם תלויים זה בזה כלל ... מוציא את אשתו משום נדר ומשום שם רע דמקלקל ומבטל הגט ... התם אמרינן בהדיא דאמר אילו הייתי יודע וכו' אפילו אם היו נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה, נמצא דהטעות היה בגוף הגירושין כי חפצו לקרב ולא לרחק בשום אופן. וכן במעשה דהגט שכיב מרע של הסמ"ע לפי דברי המערערים היה אומר אלו הייתי יודע שלא תשוב אלי כשאעמוד מחוליי אפילו אם היו נותנין לי מאה מנה לא הייתי מגרשה כי כל חפצי וכל ישעי לקרב ולא לרחק. אבל הכא בנידון דידן וכי יכול לומר שאם היה יודע שגנבה המוכין לא היה מגרשה אפילו אם היו נותנין לו מאה מנה והיה בא לקרב ולא לרחק, אדרבה היה מוסיף לשנאותה ורוצה בריחוק ולא בקירוב ... אין כאן טעות בגירושין כלל שהרי עכ"פ חפצו בגירושין ואם היה מעכב מליתן לה הגט עד שתחזיר לו הכל ... זהו דרך כפיה ונקימה שהיה מעגן אותה עד שתחזיר לו ואילו היה בידו לכופ אותה כפיה אחרת כגון לאסרה בבית האסורים או לייסרה בשוטים עד שתחזיר לו החפצים היה מגרשה בנפש חפצה ומייסרה להוציא את שלו, אלא שאין בידו לכופ אותה בדרך אחרת, כופה על ידי עיגון לעגן אותה ואת עצמו ותמות נפשי עם פלשתים הוא דהוי עביד, דצערא דגברא קשה מדאיתתא כדאמרינן גבי מורד. אבל עיקר מטרת חפצו לגירושין, לכך אין כאן טעות כלל בגירושין ואין לו עליה כי אם תביעת החפצים ... הגע עצמך מי שנתברר לו אחר גירושין שגנבה אשתו ממנו ממון רב ואנן סהדי אילו היה יודע שגנבה ממנו הממון היה מעכב מלגרשה עד שתחזיר שלו, וכי בשביל זה יתבטל הגט, א"כ לא שבקת חיי לכל אשה גרושה מאישה והיתה לאיש אחר וילדה לו בנים ואחר כמה שנים יתברר

ולולי האונס לא היה נותן את הגט. אלא שלפי המבואר מדברי הריטב"א, יש צורך שהידיעה על דעתו של הבעל, תהיה ברורה, בליבו ובלב כל אדם.

בתחילת דברינו כתבנו שיש לדון במקרים שבהם הבעל מעכב את הגט עקב טענות צודקות לעומת אותם מקרים שמעכב עקב טענות בלתי מוצדקות.

ולפי המבואר בדברינו אם כפו אותו והגט ניתן בעל כורחו, אף שהבעל חפץ בעיקר הגירושין, אם קיימת אומדנא ברורה שלמעשה לא היה מגרשה לולי האונס, הגט יפסל לדעת הפוסקים שהבאנו, ואין נ"מ אם יש צדק בטענותיו. אלא שעכ"פ במקרה שהוא תובע תביעות שאין להן על מה לסמוך, מתחזקת האומדנא שהכפיה מתייחסת רק להסיר מעל האשה את התביעות הבלתי מוצדקות. משא"כ כשהבעל תובע תביעות שיש בהם ממש, אף אם בעיקרו של דבר הוא מעוניין לתת גט, מ"מ מתחזקת האומדנא ההפוכה הקובעת שמאחר ותביעותיו מוצדקות, מסתמא הוא עומד על שלו ולא מחל, והאונס הוא על הגט גופו, שלא היה ניתן כעת לולי האונס.

העולה מדברינו

כשאדם רוצה לתת גט ולמרות זאת הופעלה כנגדו כפיה, הגט כשר, אך היינו דוקא כשהתברר לנו רצונו בגירושין עוד קודם שכפוהו, דבלא"ה מנלן שדבריו לא נאמרו רק מכח הכרח האונס, ואין להקל על סמך הסברא שהעלנו מתוך דברי הריטב"א.

וכן כתבנו לברר הדין במקרה שידוע ללא ספק שהבעל מעוניין בעצם הגירושין, אך הוא מעכב את הגירושין עד שיתמלאו תביעותיו, וארע שכפוהו לתת גט ולוותר על התביעות, כפיה שלא נעשתה במסגרת בית הדין, האם הגט יפסל כדין גט המעושה שלא כדין.

הבאנו להקל במקרה כזה הן על סמך סברת הריטב"א והן על פי דברי מהר"ח אור זרוע. אך קיימת נ"מ ביניהם במקרה שהבעל בעת סדור הגט לא הסתפק באמירת רוצה אני, אלא אמר שהוא נאנס לתת את הגט ולהמנע מתביעתו הממונית, ולסברת מהר"ח אור זרוע יש להכשיר אף בכה"ג. אך לסברת הריטב"א אין הכרח לזה.

בסיום הדברים הסתפקנו שמא אין הכרח מתשובת מהר"ח אור זרוע לענייננו.

וכן כתבנו לתלות שאלה זו במחלוקת הפוסקים במי שידוע שמעוניין לתת גט, אך תבע תביעה מסויימת והטעוהו לחשוב שקבל את אשר בקש ונתן את הגט, שיש מכשירים מטעם שידוע שרוצה את עצם הגירושין הגט כשר, ואף החולקים בגט מוטעה אין הכרח שיחלקו בנידון שאלתנו.

בנידון שלפנינו מאחר שהבעל אמר בעת סידור הגט שאם לא יתן גט הוא יכנס למחרת לבית הסוהר, יש כאן דברים שבפה, וסברת הריטב"א אינה שייכת לנדון זה. ואין לנו בסיס מוצק לסמוך עליו לסדר את הגט, מאחר שיתכן לפרש את

בגט מוטעה, הבעל כמובן לא ידע שהטעו אותו, ומאחר שידוע שסרב לתת גט עד שיקבל את מה שבקש, משום הכי כתבו כמה פוסקים לדון דהוי בלבו ובלב כל אדם שלא היה מגרש ללא תנאי אילו היה יודע את העובדות לאשורן, והאמירה בפיו שרוצה לגרש, בטעות יסודה. משא"כ בדין גט מעושה מאחר שידוע שהבעל היה מעוניין בגירושין עצמן עוד בטרם העישוי, ואמר רוצה אני, ואמירה זו אינה בטעות, כל עוד אין אומדנא דמוכח שהיא בגדר, בליבו ובלב כל אדם, שהוא נותן את הגט עצמו מתוך אונס, וגם מה שאמר רוצה אני נאמר מתוך אונסו, אין לפסול את הגט.

להשלמת הדברים, ראוי להביא כאן את דברי החזו"א אה"ע סי' צט סק"ו, ונקדים להביא את דברי התורת גיטין שעליהן נסובו דברי החזו"א.

הפת"ש בסי' קלד ס"ק יא הביא מספר תורת גיטין שכתב - "מעשים בכל יום שאשה לפעמים מצירה לבעל בגזילת ממון ובשאר דברים ומחמת זה מגרש, ואין מי שחש לגט מעושה". התורת גיטין מבאר הטעם שאינו גט מעושה, מאחר שהיא אינה מזכירה לו את הגירושין ואינה תולה בפירוש את הפסד הממון בהימנעות הבעל מלתת את הגט, עי"ש.

החזו"א חולק על התורת גיטין וסובר שאין נ"מ אם הדברים נאמרים בפירוש ודי בכך שהבעל יודע שהפסד הממון נגרם לו כל עוד אינו נותן גט.

וכתב החזו"א - "ומיהו מה שהעיד הנה"מ דכמה פעמים האשה מצערתו כדי שיגרש ומפסדת ממונו ואין אנו חוששין משום גט מעושה. י"ל דשאני הכא כיון שהוא ממאן לגרשה מפני שחפץ בה ומבקש שלומה והיא מחזקת בקטטה עד שמגרשה, ודאי ברצון מגרשה כיון דלא מתדר ליה וכבר נתיאש מלהשלים אתה. ואין דברי הרשב"ץ אלא בתפסה ממונו ומחזרת לו אחר הגירושין, ואם הגט בטל כבר הציל ממונו, ולימים הבאים הוא נזהר בה ולא תתפוס עוד וידור עמה בבטחה, או דאיירי בידעינן דחפץ לעגנה, והלכך חפץ בביטול הגט".

מבואר בדברי החזו"א, שקיים חילוק עקרוני בין שני מקרים. המקרה שאין לפסול את הגט הוא מקרה שבו עקב מעשיה של האשה הבעל מבקש לגרשה, וקיימת אומדנא שהאונס אינו העילה הישירה למתן הגט, אלא רצונו של הבעל לגרשה מחמת דלא מיתדר ליה עמה.

לעומת זאת במקרה שלולי האונס הבעל היה נמנע מלתת גט, הן מפני שחפץ להמשיך לדור עמה, והן בכה"ג שהבעל חפץ לעגנה, מאחר שלולי האונס לא היה מגרש, על כן הגט מתבטל ודינו כגט מעושה שלא כדין.

ולפי"ז בנידון שאנו עוסקים בו, שהבעל מבקש לעכב מתן הגט עד שיתמלאו דרישותיו, אם ברור שהגט ניתן רק מכח אילוץ וכפיה, יש לפסול. שהרי ברור שאין חילוק בין מקרה בו הבעל חפץ לעגנה לזמן ארוך לבין מקרה בו חפץ לעגנה לזמן קצר, מאחר שעכ"פ כעת הוא מגרשה רק מחמת האונס

את הבעל שלא יצא מהעיר עד שיתן גט, העיכוב נידון ככפיה, ושלא כדעת הריב"ש סי' קצו והתשב"ץ. ובהתאם לשיטתם פסקו שאף אם כבר הוסר העיכוב שלא יצא מהעיר, כל זמן שהבעל מאויים שאם לא יתן גט יחזור העיכוב לקדמותו הרי שהגט נידון כגט מעושה.

רב חסדאי קרשקש שהובא בתשובות הריב"ש החדשות סי' כז כותב - "דבר פשוט הוא שאם עכבוהו גוים שלא לצאת מן העיר עד שיבררו לו דיינים, אע"פ שהתירו אח"כ, כל שסיפק בידם לעשות העיכוב, אונס גמור מקרי, דאיכא למימר דמחמת יראה הוא דעבד. דמשנה שלימה שנינו (גיטין נה:): לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית מקחו בטל, דתלינן דמחמת יראה עשה נחת רוח לסיקריקון, וכ"ש כאן שהתחילו לעשותו ע"י גוים. והיינו מעשה דפרדיסא (ב"ב דף מ:): דבהפחדה בטל, כיון שסיפק בידם לעשות אע"פ שלא עשו דבר, וכ"ש כאן שהתחילו לעשות האונס שדינו כגט המעושה ע"י גוים, שהוא פסול מדרבנן".

ובתשובות הריב"ש החדשות סי' לב בתשובת רבי יוחנן ב"ר מתתיהו כתב ח"ל - "תמיד נקרא אונס כל שהיה פעם אחת אונס בדבר, ותמיד היה ביד המאנס הראשון לעשות האונס אם לא יעשה בקשתו, ואע"פ שאינו עושה לו שום אונס ורמוז אונס, ואפ"ה קרינן באונס כל המעשה ואיכא מודעא רבה".

למדנו מדבריהם שאף שהאנס הסיר את אימומו לפי שעה, כל שיש בכוחו לחדש את האיום הגט נידון כגט מעושה שלא כדין.

מעיון בדברי המהרי"ק שרש סג לכאורה נראה שמהרי"ק נטה יותר להקל, ח"ל - "ואשר שאלת היכא שיאנסו אחד ליתן גט ואח"כ נתפייס ליתן גט אם מחמת ממון או מחמת יראה ומכירים אנו שמגרש לאונסו, במה יודע שנסתלק האונס. לענ"ד נ"ל דודאי עומד הוא בחזקתו הראשונה עד שיתברר לנו שנשתנה הענין, כלומר שאין ביד האנס לאנסו כאשר בתחילה, דאי אין לתלות ולומר מחמת האונס הראשון עשה כיון שנשתנה הענין חשיב דברים שבלב אם באנו לתלות ולומר שעוד ירא פן יאנסו פעם אחרת, כיון דסיבה הראשונה הלכה לה, ואע"ג דאפשר לומר דעדיין יש כח ביד האנס לאונסו, מ"מ כיון שתשש כחו בקצת אין לנו לבדות אונס אחר כדי לבטל המעשה הנעשה בפנינו".

מבואר שדעת מהרי"ק דאף אם בכוחו של האנס לאונסו די בכך שתשש כוחו, ונראה שאינו נותן מחמת האונס. דברי המהרי"ק הובאו בב"י סי' קלד. אך עיין בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' טו שכתב לפרש את דברי המהרי"ק, דמתחילה האנס רצה לכפותו ע"י אונס מסוים בלבד ואח"כ תש כוחו ואינו יכול לאנסו בכך, רק בכה"ג הקל מהרי"ק, אך אם תש כוחו מיכולת לאנסו באונס אחד ויכול לאנסו באונס אחר, בכה"ג עדיין הבעל נידון כמאנים ואינו גט. ולדעתו אין מחלוקת בין מהרי"ק לשאר הפוסקים, והוסיף רבינו בצלאל אשכנזי שם - "ולדברי הפוסקים ז"ל

תשובת מהר"ח אור זרוע שכתב דבריו רק ביחס למודעא, ומאחר שמהרי"א ז' ענין לא התייחס בפירושו לדין גט מעושה, קשה לבנות יסוד על סמך תשובה זו בלבד.

על כן במעמד סידור הגט ביה"ד הודיע לבעל ולאשה, שהוא אינו רשאי לסדר את הגט במצב כזה שהבעל מאויים על ידי בית המשפט שאם לא יתן גט יושלך לבית הסוהר.

במהלך הדיון טען ב"כ האשה שהשופט לא התכווין לכפותו לתת גט אלא רק להענישו על בזיון בית המשפט.

והביאור בטענה זו הוא, דלכאורה יש להשוות נידון דידן למקרה בו הבעל נתפס על גניבה ונכלא והשופט מסכים לשחררו אם יתן גט, שלדעת הריב"ש סי' רלב אין לחוש בזה גט מעושה, וע"ע בפד"ר כרך יא עמ' 303 שהביאו את הדעות בזה.

אך נראה שכאן גרע טפי, מאחר שמאסר על בזיון בית המשפט אינו מופעל כעונש על ביזוי בית המשפט. אלא כשאותו אדם מסרב לציית להחלטת ביהמ"ש, המאסר מוטל כאמצעי לכפיית ציות הוראות בית המשפט, וגם כאן המאסר מוטל עליו עקב אי ציות להוראת השופט, הוראה לבעל לתת גט. וע"ע בדברי הגרי"א הרצוג ז"ל בתשובת היכל יצחק חלק אה"ע ח"א סי' ה' סק"ח ששלל את האפשרות לקבוע שהעונש בנידון שם הוא על בזיון בית הדין, ולא על אי מתן הגט, מאחר שלמעשה הסירוב לתת גט גורר אחריו את העונש.

הדרך לפתרון הבעיה

במצב הנוכחי יש לברר מהי הדרך המוציאה את ב"ד מכל חשש של גט מעושה שלא כדין.

הלכה פסוקה היא שגט מעושה הוא בין אם עישו ממש את הבעל ובין שרק איימו עליו להכותו או לאסרו או להפסידו ממון שאינו חייב בו אם לא יתן גט. וכמו שכתב הריטב"א במסכת גיטין דף פח: "וגט מעושה בעובדי כוכבים דפסול, לאו דוקא שעשה אותו בשבט ובמקל, אלא כל שמגרש מחמת יראה שירא ממנו כיון שיש סיפק בידו לעשות, זה עישוי ופסול". וכ"כ במאירי שם, ובתשב"ץ ח"א סי' א'.

וע"ע במה שהאריך בזה בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו, וע"ע בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' יח שסיכם את שיטות הראשונים והאחרונים בזה, והעלה שדעת רוב הראשונים והפוסקים דהוי גט מעושה שלא כדין, אלא שלא הסכים לדונה כודאי אינה מגורשת.

ויש לדון מהי הדרך להסיר מעליו את האונס, לאיזה מצב אנו צריכים להגיע כדי שנוכל לומר שהאונס הוסר.

מלשון התשב"ץ (שם) עולה בבירור שכל שיש בידם לבצע את אימום עדיין נקרא אונס.

ונראה שיש ללמד מתשובות כמה ראשונים לנידון דידן. באותו ענין שנידון בתשב"ץ שם ח"א סי' א' השיבו כמה מחכמי דורו של התשב"ץ, לפי דעתם בעובדא ההיא שעיקבו

ועיין בתשובות בית אפרים (שם) במה שהתווכח עם המשכנות יעקב, ונציין כאן שתי נקודות מדבריו.

בסי' עב הבית אפרים סבר שבאותו נידון שהשיבו עליו, החוזה שנכתב בו הקנס לא נכתב בערכאותיהם ונשאר רק בסמכות בית הדין, ומכיון שנאמר לו ע"י הרב שאין ממש בקנס ואפשר לקרעו הרי שאין לחוש לאונס. עכ"פ עולה שהבית אפרים מסכים שאם ביד הערכאות לכפותו על תשלום הקנס לא יועיל שבית הדין יאמר לו שאינו מחויב בקנס זה.

נקודה נוספת העולה מדברי הבית אפרים שהדרך לבטל את האיום שלא יחשב כאונס היא שאותו אדם שאיים עליו, הוא בעצמו יודיע לו שאין עליו כל איום או אונס. בכה"ג אין לחוש לגט מעושה, דאמנם אם האנס ירצה לחזור לאונסו, יש בכוחו לחזור ולאנסו, אך לא חיישינן שיחזור בו מדיבורו האחרון, והיינו מש"כ מהרי"ק שתשש כוחו של האנס, כלומר שאנס בעצמו הודיע שאין בכוונתו לאנסו יותר. וע"ע בשו"ת שיבת ציון סי' צו ובשו"ת באר יצחק אה"ע סי' י' מש"כ לדון בנידון דומה.

העולה מדבריו

מכיון שהדרך היחידה לתת גט כשר היא שהבעל ידע בבירור שסר מעליו האיום במאסר או בקנס, וזאת ניתן להשיג לאחר שתימחק התביעה ויסגר התיק שנידון בבית המשפט ותביעה זו שבין בני הזוג תעבור לסמכותו הבלעדית של בית הדין, או בכל דרך אחרת שתימצא להבטיח שהבעל אינו מאויים במאסר עקב אי מתן הגט. לא מבעיא לשיטת המשכנות יעקב כל זמן שיש סמכות ביד ערכאות לכופו לא מהני אף שהבעל יאמר שנותן את הגט ברצונו הטוב, אלא אף לשיטת הבית אפרים כל זמן שהשופט לא יבטיח לבעל שאין בכוונתו לאסרו או לקנסו אם לא יתן גט, אין אפשרות לסדר את הגט, ומכיון שקשה להניח שניתן לקבל מהשופט הבטחה כזו שתחייב את הערכאה השיפוטית, הרי שגם לדעת הבית אפרים הדין הוא כאמור לעיל.

דסגי בהפחדה ובהגזמה לעולם הויה אונס עד שיחליש כוחו מכל וכל". וכן בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' כא פרש את המהרי"ק דאף הוא ס"ל דבעינן שיסור מעליו האונס מכל וכל ולא תהיה יכולת כלל ביד האנס לחזור ולאנסו.

והנה מצינו שנים מגדולי האחרונים שדנו באריכות בשאלה זו, הגאון בעל בית אפרים (בתשובות בית אפרים מהדורה תניינא אה"ע סי' ע' - עב) נחלק עם הגאון משכנות יעקב (בתשובותיו חלק אה"ע סי' לח - מא) בעובדא שהיה חשש גט מעושה שלא כדין במקרה שהבעל התחייב בחוזה בערכאות שאם לא יתן גט ישלם קנס. המשכנות יעקב בסי' לח כתב שיש להחמיר אף כשהבעל בא ואומר שמגרש מרצונו הטוב.

וז"ל המשכנות יעקב - "ואשר אומרים לו קודם כתיבת הגט שיסורו מעליו כל המכריחים, קשה מאד לסמוך על זה כל זמן שלא עשו מעשה בפועל לבטל ההכרח ועדיין חושש הוא פן יחזור לאונסו כבתחילה, כאשר מבואר כל זאת באריכות בתשובת מהרי"ק דלא סגי לידע משנסתלק האונס, רק כשידענו שתשש כוחו של המאנס ואין בידו לאנסו כלל, ואכתי לא סמכא דעתיה אולי לא יתרצו השני בוררים לבטל הקאמפראמיס ואולי לא יעלה בידם אחר שנכתב בערכאותיהם ואולי ימחו בידם מהצד השני כמובן".

ובסי' לט ס"ק יב חזר המשכנות יעקב על דבריו, וז"ל - "כבר כתבנו מדברי כל הראשונים דבעינן שיסתלק האונס מכל וכל, ולא יהיה כח בידו לאנסו כלל, וכל שמתירא פן יחזור לאנסו הוי אונס. והא ודאי לא סמכא דעתיה שהנבררים יבטלו כל מעשיהם ויפסידו שכר אשר לקחו מזה, וכסבור הוא שאומרים לו פטומי מילי בעלמא כדרך כל המגרשים שאומרים להם כן, ובפרט שטרחו והביאו הענין בערכאות לחיזוק לא יחשב לו שיסתרו כל הבנין, וזה דבר מובן".

וע"ע במשכנות יעקב סי' מ' שהוסיף לחזק דבריו והביא גם משו"ת מהרי"ט צהלון סי' מ' "שאינן שום תקנה ע"י ריצוי ופיתוי ולא בנתינת מעות עד שיתברר שלא נשאר שום צד חשש האונס, וכל שיש לתלות באונס הראשון תלינן באונס ולחומרא".

סימן עח

פסק דין בשאלת מסירת מודעא בגט

בפסק הדין שניתן בסיום הדיונים נקבע שהתביעה לשלום בית נדחית, והבעל חוייב לגרש את אשתו. חיוב הגט נפסק לאחר שהתברר שהאשה סבלה במשך תקופה ארוכה מהתעללות נפשית קשה מצד הבעל, וכי חייה בביתו הפכו לבלתי נסבלים. הבעל ערער על פסק הדין לבית הגדול, אך הערעור נדחה.

לאחר מכן נערך ונחתם הסכם גירושין שהיה מקובל על שני הצדדים, ובית הדין זימנם לסידור הגט. הבעל הופיע לסידור הגט, ובתחילה הודיע שהוא חוזר בו מהסכמתו לתת

המקרה הנידון

הצדדים נשואים כחמש עשרה שנים, ולהם שלשה ילדים. לפני ארבע וחצי שנים האשה עזבה את הבית עם הילדים וסירבה לשוב לבית. הבעל הגיש תביעה לשלום בית ובקש לחייבה לשוב לבית, והאשה הגישה תביעת גירושין, וטענה שבעלה מתעלל בה.

התקיים דיון בתביעות הנ"ל ובית הדין התרשם ממצבה הקשה של האשה.

מודעא, יש לדון האם ביטול המודעות שנעשה בטרם שהגט נמסר יועיל לבטל מודעא זו, והגט כשר.

כמו כן יש לדון האם יש לחוש שדבריו האחרונים, כפי המפורט לעיל, גרמו ביטול לגופו של גט, ובשל כך לא יועיל ביטול המודעות להכשירו.

האם אמירת "אנוס אני" נחשבת כמסירת מודעא

השאלה הראשונה העומדת לבירור היא האם כשהבעל אומר שהוא אנוס וכפו עליו שיתן גט, האם בדברים אלו יש משום מסירת מודעה. שאלה זו צריכה להבחן משתי נקודות. א. האם הדברים צריכים להאמר בדרך של מסירת מודעא לעדים. בנדון שלפנינו, בשתי הפעמים שהבעל אמר דבריו, הדברים לא נאמרו בדרך של מסירת דברים בפני עדים, אלא העדים שמעו את דברי הבעל כשהוא מדבר בינו לבין עצמו.

ב. בנידון שבפנינו, אין ידוע לנו על אונסו, ויש לדון האם דבריו יחשבו כמסירת מודעא. יצויין שבטרם נאמרו הדברים הנ"ל, הבעל ביטל מודעות והצהיר שנותן את הגט ברצון חופשי, ולא נולד אונס חדש במשך הדקות הספורות שעברו מעת ביטול המודעות ועד שאמר את דבריו הנ"ל.

האם הדברים צריכים להאמר בדרך של מסירת מודעא לעדים

המאירי במסכת בבא בתרא דף מ. כתב - "המודעא נעשית בפני שנים ואין צריך לומר כתובו ... ואין המודעא צריכה קנין, אלא שלדעתי היא צריכה הזמנת אותם השנים שהוא מוסרה בפניהם. לא נסתלקה אלא, שאינה צריכה קנין ושאיין צריך לומר כתובו. ואם הוא אומר הדברים באקראי ואחרים שומעים לפי תמם, אין זה קרוי מודעא. שאין מודעא אלא הודעה דרך כוון למזומנים לה".

ולפי זה, בנידון שלפנינו שלא זימן את העדים למסירת עדות, ואף לא דיבר ישירות אליהם, אלא העדים שמעו את דבריו, לפי תומם, אין זו מסירת מודעא.

שאלה זו של מודעא שלא נמסרה בדרך מסירת מודעא נשאלה לפני חכמי הדור בזמנו של הריב"ש. באותו מקרה הבעל אמר בטרם מסירת הגט שהוא נותן את הגט בכח, דהיינו בכפייה. דעת הריב"ש היתה שאין בדבריו משום מסירת מודעא, ויש שחלקו עליו בזה.

הריב"ש סי' קכז כתב בלשון זו - "יש לעיין במה שאמר אחר כתיבת הגט וחתימתו, קודם נתינתו, כשהיה בוכה דודו על ענין נתינת הגט, ואז אמר המגרש מה צורך לבכות אני נותנו בכח ... הלשון המוכר בערכין כך הוא מאן דמסר מודעא אגיטא, מודעיה מודעא, נראה מזה הלשון שצריך שימסור דבריו לעדים. וכן ממ"ש (ב"ב מ): מודעא בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, הודאה בפני שנים, וצריך לומר כתובו. הנה שדימו מודעא להודאה שצריך לומר אתם עדי, אלא שבמודעא א"צ לומר כתובו, עכ"ל הריב"ש.

גט. לאחר שכנועים והפצרות, הסכים לתת גט. בעת סידור הגט, הבעל אמר את הנוסח המקובל בסדר הגט וביטל המודעות.

לאחר הציווי לסופר ולעדים כמקובל, הבעל הוזהר שלא ידבר בכל דבר הנוגע לגירושין או להסכם הגירושין עד לאחר שינתן הגט לאשה.

אך בעת שהסופר והעדים התכנסו לתחילת כתיבת הגט והבעל ישב בסמוך לסופר, החל לדבר אל עצמו ואמר - "הכל בכפייה, הכל בכפייה". מיד לאחר מכן בהתאם להוראת בית הדין, הבעל חזר על הציווי לסופר ולעדים, אך באותו מעמד הבעל לא חזר פעם נוספת על הנוסח של ביטול מודעות. הבעל התבקש לשבת בחדר אחר שבו לא היה עמו אדם נוסף, וזאת כדי שלא יהיה לו אל מי לדבר. ולאחר סיום כתיבת הגט וחתימתו בעת שהבעל הגיע למסור את הגט לאשה, הבעל הוציא מכיסו מכשיר טלפון ועשה עצמו כאילו מדבר עם אדם נוסף, ואמר שכופים עליו לתת גט. יצויין כי גם דבריו אלו לא נאמרו ישירות לנוכחים במקום, אלא בדרכו להכנס לחדר שבו ימסור את הגט, עשה עצמו כמי שמדבר בטלפון ואמר דברים אלו.

מיד לאחר מכן הבעל נשאל אם הוא מוכן לתת גט, ולאחר שהודיע על הסכמתו לתת גט, התבקש לקרוא את הנוסח של ביטול המודעות, והצהיר שהוא נותן את הגט מרצונו וללא אונס, ולאחר מכן הגט ניתן.

יובהר כי לאחר שהבעל אמר בפעם ראשונה שהוא אנוס, באותו מעמד סברו מסדרי הגט שגם אם יש לחוש שבדבריו ביטל את הציווי, הרי שיועיל שיצווה מחדש, וניתן להתחיל מחדש בכתיבת הגט. וביחס לביטול מודעא, יהא די בסדר ביטול המודעות שהבעל יאמר אחר כך בטרם מסירת הגט. וכדמשמע מהב"י בסי' קלד שאין נפקא מינה אם הביטול מודעות נעשה בטרם כתיבה או בטרם מסירה, וכך אכן נעשה, שהבעל ביטל מודעות בטרם מסירת הגט. אך לאחר עיון נוסף ועוד באותו מעמד, התברר שהנחה זו אינה ברורה. הבעל התבקש לסדר גט נוסף על אתר, אך הלה סרב והלך לדרכו ואינו מוכן להענות לבקשת בית הדין לתת גט נוסף, ונדרשנו לשאלת כשרות הגט שכבר ניתן.

השאלות העומדות לבירור

במשנה במסכת ערכין (כא.) - "וכן אתה אומר בגיטי נשים, כופין אותה עד שיאמר רוצה אני". ובגמרא שם (עמוד ב') - "אמר רב ששת האי מאן דמסר מודעא אגיטא, מודעיה מודעא. פשיטא לא צריכא דעשאוה ואירצי, מהו דתימא בטולי בטליה, קמ"ל, דא"כ ליתני עד שיתן, מאי עד שיאמר, עד דמבטל ליה למודעיה".

מפשט לשון הגמרא משמע שלאחר שנמסרה מודעא, לא מהני שיחזור ויתרצה לתת גט ועליו לבטל מודעא זו. לפי זה יש לדון בנידון דנן, האם דבריו הנ"ל של הבעל שכפו עליו שיתן גט יחשבו כמסירת מודעא. ואת"ל שיחשבו כמסירת

ע"א) מי שאנסוהו למכור וליתן את שלו בעל כרחו ולכתוב שטר מכירה או מתנה בעדים צריך להודיע קודם לכן לפני העדים ולומר להם דעו שהמכירה או המתנה של שדה זו שאני רוצה לעשות לפלוני שלא ברצון נפשי אעשה כי אונסני ומכריחני בעל כרחי דלא יהיה ממש באותו שטר שאעשה וכו'. ובספר עטור סופרים כתוב דמודעא דגט או מתנה הוא כגון שאמר דעו שאני כותב גט לאשתי או מתנה לפלוני ואין דעתי נכונה לזה ובטל הגט והמתנה עד כאן. וכן בספר אהע"ז (סי' קל"ד) כתב בזה"ל מסר מודעא בפני שנים ואמר גט זה שאני נותן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר לפניכם שיהא בטל הרי הוא בטל ע"כ. וכן בשאר חבורים כלם מסכימים שצריך שיהיו דבריו כמוסר עדות לעדיו.

מבואר בדברי התשב"ץ שיש למודעא תוקף לבטל את מה שיעשה בעתיד, רק אם הדברים נמסרו לעדים בדרך של מסירת מודעא ואמר להם "דעו" וכו'.

מ"ן הבי" סי' קלד, הביא עיקרי דברי התשב"ץ הנ"ל. אך במקום אחר בהמשך דבריו, כתב התשב"ץ על עדות המתניחסת לאמירה הנ"ל של הבעל, וז"ל - "שהוא אומר שלא אמר להם דעו, ולא זכרו, ולא הוו עדים. ואיני יודע למה לא תקרא מודעא בלא לשון דעו, וכי מפני שקרויה מודעא צריך שיאמר להם דעו, והא גילוי מלתא סגי. ואם יקשה לך אדם מודעא שהוא לשון הודעה, אף אתה אמור לו כי הוא מלשון ויודע בהם אנשי סוכות שהיא לשון שבירה. וכן כתב הרמב"ן ז"ל בחדושי בפרק חזקת. וא"כ לא הרוחנו כלום בשסלק מעדותו לשון דעו, וגם הוו עדים אין צריך. דלא אצריכו רבנן אתם עדים אלא במודה לחברו היכא דאיכא למטען משטה הייתי בך, כדאייתא בפרק זה בורר (כ"ט ע"א) אבל בשאר עדות אין אנו צריכין לכך. ובכל הנהו בטולי דריש פרק השולח (ל"ב ע"א) לא אמרינן אלא לבטל גיטא, דוק ותשכח. ומה שתקן עדותו האחרון שאמר שלא היה כמוסר מודעא, אלא כמספר בעלמא. אין בזה תיקון, דכיון דבגיטא בגילוי מלתא סגי, כבר גילה בדעתו שהוא אונס ונגד רצונו הוא. והלב יודע אם לעקל אם לעקלקלות ודברים שבלב אינם דברים, וכיון שמה שמוציא בשפתיו מוכיח שאי אפשר באותו גט. והכי מוכח בפרק השולח (ל"ד ע"א) בההוא דאמר אילו נסיבנא בראש חדש אדר להוי גיטא, לטוף אמר בר"ח ניסן אמרי, ואפ"ה אמרינן להוי גיטא, כ"ש היכא דהוי איפכא שמה שמוציא בפיו מבטל הגט, ומה שבלבו מקיים הגט דאזלינן בתר פיו.

ועיין בספר מנחת פתים (להגאון רבי מאיר אריק ז"ל) על אה"ע סי' קלד ס"א שהעיר מדברי התשב"ץ הללו על דבריו הקודמים (שהובאו בב"י), אך לא נכנס ליישב הדברים. וצ"ע ליישב תשובה זו של התשב"ץ.

יתכן ליישב את דברי התשב"ץ, דס"ל כשיטת המאירי שהבאנו. ולשיטה זו, אין קפידא בנוסח מסויים של מסירת מודעא שיאמר לעדים, דעו, או, אתם עדי וכיוצא, אך

נראה הטעם שבהכרח שהדברים יאמרו בדרך של מסירת מודעא, מאחר שבמודעא התחדש שהאדם יכול לקבוע שלדבריו ולמעשיו שיעשה בעתיד לא יהיה ערך, ושלא יתחשבו בדבריו האחרונים. על כן נחוץ שבעת מסירת המודעא יאמר דברים שמשמעותם הודעה ברורה לעדים, שידעו שלא להתחשב בדבריו ובמעשיו שיעשה אחר כך. אבל אם רק שמענו ממנו שאומר שאינו רוצה לתת גט, ואחר כך שמענו שאומר להיפך ומוכן לתת גט, מנלן לבטל דבריו האחרונים מפני דבריו הראשונים.

אלא ששלשה מחכמי דורו של הריב"ש (שהשיבו על אותו נידון שבתשובת הריב"ש הנ"ל) דחו בתוקף את דעת הריב"ש. בשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב, בתשובת הר"ר יוחנן בן מתתיהו, כתב - "העושה מודעא אין צריך לומר דעו, ולא מודעא זו שאני מוסר בפניכם, וכי לא די במה שהיה מריד בשיחו ואומר שהגט שהיה נותן ... היה מוכרח מפני שרצונו וכו', והלא לבטל מקח היה די".

וכן בשו"ת הריב"ש החדשות סי' כז, בתשובת רבי חסדאי קרשקש, כתב - "אלא שיש ערעור אם אמר לעדים דעו ואם לא. ואין ספק שאין קפידא בזה, מאחר דקיי"ל מודעא בפני שנים ואין צ"ל כתובו. ואין ספק בה שמודעא גמורה הוא לבטל הגט".

וכן בתשובת רבי חיים ברבי שמואל, שבתשובת הריב"ש החדשות סי' ל', כתב - "ויש מדקדקים דכיון שלא אמר דעו אין זה מסירת מודעה. נ"ל שהמדקדק על דעו, לאו בר דעה הוא מכמה טעמים ... כי התוספות פי' בהדיא אי ידעינן, אף על פי שלא מסר מודעא, לא הויא מתנה, כ"ש כשהוא מוסר מודעא אין צ"ל דעו. ועוד שאם היה צ"ל במסירת מודעא דעו, לא לישתמוט שום פוסק שהיה מודיע לנו שצ"ל בלשון דעו. ובסמ"ג פי' מודעא בפני שנים גט שאני כותב לאשתי בטל הוא כו' ואינו מוזכר בלשון דעו וגם הרמב"ם".

שיטת התשב"ץ בתשובה ח"א סי' א' (שהשיב על אותו הנידון שהשיבו הריב"ש וחכמי דורו הנוכחים לעיל) טעונה בירור, לכאורה דבריו בשתי מקומות באותה תשובה סותרים זה את זה.

בתחילה כתב התשב"ץ בלשון זו - "הדברים שאמר יצחק המגרש לדודו בשעת מסירת הגט בלשון הזה אני נותן בכח זה הגט. גם זה הלשון אינו גורם קלקול כלל בגט ... כיון שלא היו דבריו לעדים כמוסר מודעא אליהם, דבמודעא בעינן שימסור דבריו אל העדים ... מוכח לישנא דגמרא (ערכין כ"א ע"ב) מאן דמסר מודעא אגיטא וכו' משמע דבעינן שימסור דבריו לעדים, שזהו לשון מסירה, כדאמרינן מסר מילך קמן דידן. ואמרינן נמי רבנן דבי רב אשי מסרי מילי אהדדי, לא שישמע כן ממנו דרך שיחה, דשמא היה משטה בדודו או דוחהו בדברים. שאם לא היתה דעתו מפוייסת בדברים אלו, לעדיו היה אומר כן. וכיון שלא מסר כן לעדים השומעים אותם הדברים, בודאי דרך שיחה בעלמא היה אומרם, לא דרך מסירת עדות ... והרשב"ם ז"ל כתב בפרק חזקת (מ'

אמר בפ"י לדודו הריני אנוס בגט זה ואי אפשי בו או שאר לשונות הפוסלים בגט, אפילו הכי אין זה גט בטל כיון שלא היו דבריו לעדים כמוסר עדות להם. עוד הפליג לומר דאף על גב דבממונא גילוי דעתא דבשעת מעשה מילתא, היא גבי גט לאו מילתא היא אם לא שמסר מודעא בפ"י. והוכיח כן מן התוספות יע"ש. הרי שכל שהיה לו למסור ולא מסר אין בדבריו כלום.

יצויין שהאחרונים ראו רק את המובא בב"י, אך לא את שאר התשובות שנכתבו בעניין זה ולא את המשך דברי התשב"ץ עצמו.

ועיין בספר מכתב מאלהו שער ז' סי' כב ובשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' רפט סק"ו שהביאו את דברי התשב"ץ והריב"ש.

ובספר שאלו לברוך חלק חו"מ סי' קנד כתב - "שוב מצאתי עזר לדברינו ממה שכתב הרב פני מבי"ן ז"ל בסי' ר"ה סעיף א' ד"ה לפיכך אם מסר מודעה, וז"ל - צריך שימסור בתורת מודעה ולא באמירה בעלמא הנני עושה בעל כרחי, הרב מור אבי ע"כ. שוב מצאתי להרה"ג יעב"ץ זלה"ה במשפט וצדקה ביעקב ח"א סי' פ"א דכל מודעא שאינה בתורת מודעא צריך להיות עמה מעט אונס אפילו במודעא דמתנה כדי שבצירוף שניהם תחשב מודעה ע"כ".

העולה מדברינו

לדעת הריב"ש, לא מיבעיא שיש הכרח שיאמר דבריו ישירות לעדים, אלא יתירה מזו, אין דבריו נידונים כמודעא כל עוד הדברים לא נאמרו בנוסח מתאים של מסירת דברים לעדים, כגון שיאמר להם, דעו, או, אתם עדי, וכיוצא ב.

המאירי כתב שיש הכרח שדבריו ימסרו ישירות לעדים, אך לא הזכיר שיש צורך בנוסח מסויים ודלא כריב"ש. וכן העלנו בדעת התשב"ץ. ויש שכתבו בפשיטות שאף אם הבעל לא דבר ישירות לעדים, אלא דבר אל קרובו והעדים שמעו דבריו, שיש בדבריו משום מסירת מודעא.

האם אמירת "אנוס אני" נידונה כמודעא, גם ללא שיאמר בפירוש שמבטל את הגט

מצינו שלש דעות בראשונים בהגדרת נוסח המודעא. שיטת ראשונה היא שיטת הרשב"ם שהבעל צריך לומר שני דברים. א. שהוא אנוס. ב. שהוא מבטל את הגט. שיטה שניה היא שיטת הרמב"ם שכתב בנוסח מסירת מודעא שהבעל אמר שהגט שיתן יהא בטל. שיטה שלישית היא שיטת הרמב"ן הסבור שאף אם לא יאמר שהוא מבטל את הגט, אלא רק יאמר שהוא אנוס, הרי זו מסירת מודעא.

ונבאר את הדברים -

בגמרא במסכת בבא בתרא דף מ. - "אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלניא, לאו מודעא היא. מודעא דמאי, אי דגיטא ודמתנתא, גלויי מילתא

בהכרח שידבר ישירות לעדים בדרך שבה ניכר שכוונתו למסור להם את דבריו.

ועיין בבית מאיר על אה"ע סי' קלד סעיף א' שכתב על דברי הריב"ש והתשב"ץ - "מכל מקום מה דמשמע לשונם שאפילו בלשון ברור למודעא צריך לומר לשני עדים שמעו או אתם עדי, צריך עיון למעשה".

ויש להוסיף בזה מש"כ בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע. בסי' נז כתב הברית יעקב - "הב"ש אה"ע סי' קל"ד סק"א כתב, ומדברי הרשב"ץ שהביא הב"י מוכח דגלוי דעת במסירת מודעא לא מהני דדמי לגלוי דעת בגיטא בפלוגתא דאביי ורבא דקיי"ל דלא מהני גלוי דעתא בגיטא עיי"ש. זהו דוקא היכי דלא הוי אומדנא דמוכח. אבל היכא דהוי אומדנא דמוכח, הוי כדיבור ממש, והוי מסירת מודעא". ובהמשך דבריו בסי' נח כתב - "ומש"כ מעכ"ת כי בנ"ד לא נזכר לשון ביטול או דעו שאני אנוס על כן לא הוי מסירת מודעא כלל. נפלאתי עליו, הלא ראה את התשובות שכתבתי בזה, אשר מטעם אומדנא דמוכח טובא דקיי"ל דהוי כאילו פירש היטב. ה"נ דרצה למסור מודעא דהוי אומדנא דמוכח, י"ל דהוי כאילו פירש בהדיא שיבוטל הגט, או כמו שאמר תדעו שאני אנוס בזה".

אך יש לציין כי מצינו בכמה אחרונים, שראו את הדברים כפי שהובאו בב"י בלבד, וסתמו כן בפשיטות.

בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' עח כתב - "ועוד טעמא אחרונה שהרי כתב מה"ר ז"ל בב"י סי' קל"ד בשם הרשב"ץ וז"ל שאפילו אמר בפירוש לדודו הריני אנוס בגט זה ואי אפשי בו או שאר לשונות הפוסלים בגט אפ"ה אין זה גט בטל מפני אותם הדברים כיון שלא היו דבריו לעדים כמוסר עדות אליהם, והאריך בזה עד אבל דברים שאמר לאחרים כגון זה שהיה מדבר עם דודו אעפ"י ששומעים הדברים כיון שלא היה דברו עמהם אפילו גלוי דעתא לא הוי, וכ"ש לדידן דקיי"ל כנחמני דגלויי דעתא לאו מילתא היא שאין כאן בית מיחוש עכ"ל. הרי שכתב שאפילו בשעת מעשה גלויי מילתא לדודו אפילו שמעו אחרים לאו מילתא היא אפילו לרבא וכ"ש לאביי דקיי"ל כותיה כיון שלא אמר כן לעדים כמוסר דבריו".

וכן בשו"ת גינת ורדים חלק ח"מ כלל ה' סי' א' כתב בתוך דבריו - "הגם בגיטא ומתנה בלא מסירת מודעא לאו כלום הוי, וגדולה מזו כתב הרב ב"י אה"ע סי' קלד משם הרשב"ץ שאף אם סיפר דבריו לעדים וגילה להם מה שבלבו, כל שלא מסר להם דבריו דרך מסירת עדות, דלא הויא מודעא".

ובשו"ת דרכי נועם חלק א"ע סי' נג כתב - "וכן כתב הבית יוסף בסי' קל"ד צריך שתהיה מסירת המודעא כמוסר דבריו לעדים, לא שיודעם הדברים בלבד, אבל צריך שיאמר להם הריני מוסר לכם דברים אלו להיות מודעא בידכם וכו'. גם מוהר"ם אלשיך ז"ל סי' ע"ח כתב משם הרשב"ץ שאפילו

שיטת הרמב"ם בהלכות גירושין פ"ו הי"ט, ז"ל - "וכן מי שאמר לשנים גט שאני כותב לאשתי בטל הוא, וכתב אחר כך גט ונתנו לה בפני שנים אחרים, הרי זה גט בטל, וזו היא מסירת המודעה על הגט".

הרי מפורש בדברי הרמב"ם שאין צורך שיאמר שהוא אנוס בגירושין אלו, אלא יאמר שהגט שיכתוב בטל. וכן כתב שם המגיד משנה - "ובאר רבינו בכאן שמסירת המודעה הוא שאומר שהגט שיכתוב בטל הוא ... וכן מתבאר בגמרא בפרק חזקת הבתים שמודעת הגט אפילו אין לו אנוס כלל היא".

ובר"ן עמ"ס גיטין (דף טז: בדפי הרי"ף) כתב - "מודעה מודעה ... ואין הפרש נמי במי שאין לו אנוס ידוע או שאין לו כלל, דהא אמרינן בפרק חזקת הבתים דמודעה דגיטא גלוי מלתא בעלמא, כלומר שאין אנו צריכין שנדע באונסו, כל שהוא מבטל הגט שעתיד לכתוב, זו היא מודעתו. וכן כתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות גירושין. ולא עוד אלא אפילו תלה מודעתו בדבר, ונמצא שאינו, מודעתו קיימת לדעת מקצת מפרשים ז"ל".

וכן כתב הר"ן בחידושו למסכת בבא בתרא דף מ: והובאו דבריו בב"י סי' קלד.

והריב"ש בסי' רלב כתב - "והרמב"ם ז"ל סובר, דאף קודם כתיבה יכול לבטל, ואם אמר כל גט שאכתוב מכאן ועד עשרים שנה בטל הוא, הרי זה בטל, וזו היא מסירת מודעה על הגט. נראה שדעת הרב ז"ל, שכל דבור הבא לבטל הדבר העתיד, קרוי מסירת מודעה, ואפילו בלא טענת אנוס ... וכן חזר והודה הרמב"ן ז"ל בחידושו בפרק השולח לסברת הרמב"ם ז"ל, דכל המבטל בעתיד, ואפילו שלא בטענת אנוס, מודעה היא, עד דמבטל ליה למודעה".

ועיין בב"ש סי' קלד סק"ב שכתב בדעת הרמב"ם שאפילו אומר שאינו אנוס נידון כמודעה, וע"ע בספר דברות משה עמ"ס ב"ב סי' לא ענף ב'.

וכתב בספר מכתב מאליהו (שער ז' סי' ז') שלדעת הרמב"ם יש הכרח שהבעל יאמר שהוא מבטל את הגט, ובלא"ה אין זו מודעה. ואע"פ שבהלכות מכירה (פ"י ה"ג) כתב הרמב"ם שבמודעה של מתנה סגי יאמר שהוא אנוס ונחשבת כמודעה אע"פ שאינו אנוס, אפ"ה לענין זה, דין הגט אינו כדין המתנה, דהא לגבי גיטא קיי"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, משא"כ במתנה, על כן בגט צריך שיפרש בהדיא שהוא מבטלו.

והריב"ש סי' תפב כתב בביאור דעת הרמב"ם - "אבל אם בטלו בפירוש, אע"פ שאינו אנוס, הרי הגט בטל. ואם מגרש בו, אפילו ריח הגט אין בו, אף באומר זה, קודם כתיבה, כמו במבטל הגט, אחר שנכתב. והרי הוא כאלו אמר הריני מבטל הגט מעכשיו, ולאחר שיכתב. אלא שאם בטלו אחר שנכתב, אין לו תקנה כלל, לגרש בו לעולם מכיון שנתבטל. ואם בטלו קודם שנכתב, יש לו תקנה בבטול המודעה ההיא, קודם כתיבה".

ומבואר בדבריו שהמודעה הנזכרת בדברי הרמב"ם היינו ביטול מפורש לגופו של גט. אלא שמשמעות דברי הריב"ש

בעלמא היא. ואי דזביני, והאמר רבא לא כתבינן מודעה אזביני. לעולם דזביני, מודי רבא היכא דאניס".

וכתב הרשב"ם - "מודעה דמאי, אי במודעה דמסר אגיטא ואמתנה, לא צריך כולי האי. אלא כיון דמודע לסהדי דהאי גיטא שאני נותן לאשתי אנוס אני בו ולא ברצון נפשי עשיתי לפיכך דעו שאני מבטלו בפניכם, וכן המתנה שאני מקנה לפלוני אנוס אני ואיני מקנה אותה ברצוני, תהא מבוטלת. אע"ג דלא ידעי סהדי אונסא דיליה, הרי גט והמתנה בטלין. גלוי מילתא בעלמא היא, כלומר הרבה בני אדם יוכלו לידע אונסו, דכיון דאינו מקבל ממון במתנה ובגט זה שנותן, אם איתא דניחא ליה ליתנה מדעתו למה לו למסור מודעה, ואי לא ניחא לו ליתן למה לו ליתן גט ומתנה, אלא ודאי נאנס בגט ובמתנה זו הלכך אין צריך לפרש אונסו".

וכתב בספר מכתב מאליהו (שער ז' סי' ז') - "יש לדקדק בדבריו, דמאחר שכתב דמודע לסהדי שגט שהוא נותן אנוס הוא בו ולא ברצון נפשו הוא עושה, למה צריך להודיע עוד שהוא מבטלו לפניכם. על כן נראה שהוא תופס, שהאמירה שהוא אומר אנוס הוא ולא ברצון נפשו הוא עושה, לא מבטיל גיטא בהא ... ברם הכא דליכא אנוס בהדיא, אלא שהוא אומר שהוא אנוס, והרי אנו רואין שהוא מגרש, הנה בכל כי האי, הגם שהוא אומר שאינו מגרש ברצון נפשו, אמרינן דגמר ומגרש, עד שיאמר בהדיא שהוא מבטלו, זה הנראה מבורר בדברי רשב"ם. ולא תקשי עליך איך אנו תולין בספק דגמר ומגרש היכא דאומר שאינו מגרש ברצון נפשו. דהא קיי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, עד שיבטל בפירוש".

ובהמשך דבריו (בסי' ח') כתב המכתב מאליהו בדעת רשב"ם - "אשר מבואר בדבריו דלדעתו תרתי בעינן, שיאמר שהוא אנוס ושיבטלו. דעל ידי האנוס הוי ביטול דקודם כתיבה ביטול, ולא אמרינן אנו סהדי דגמר בלבו בשעת מעשה".

והנה הריב"ש בסי' רלב כתב על מי שנתפש על שעבר על חרם הקהילות שלא לקדש אשה אלא בפני עשרה, ולכשישב בתפיסה הסכים לגרש, ועדי הגט נתרשלו ולא אמרו שיבטל כל מודעה, והמגרש מסר מודעה לפני הגט, וכתב בזה הריב"ש - "ועוד שהרי זה היה תפוש לעינינו ויודע כשיגרש יתירוהו ממאסרו, א"כ הרי הוא כאילו נאנס לגרש כיון שמסר מודעה קודם לכן מחמת זה האנוס. ואע"פ שאנוס זה אין מספיק לבדו לבטל הגט מדין גט מעושה היכא שלא מסר מודעה מתחילה כיון שלא נתפש על שגירש, מכל מקום כשמסר מודעה מתחילה, אף אם נאמר שאין מסירת מודעה מועלת אלא ע"י אנוס, אפילו הכי קצת אנוס מועיל להחשיב המודעה, אע"פ שאינו אנוס גמור מצד עצמו". הרי מבואר שהריב"ש נקט בדעת הרשב"ם שאין צורך שהבעל יטען טענת אנוס גמור, וסגי במקצת אנוס. וכן כתב בספר נתיבות המשפט סי' רה סק"ז בשיטת הרשב"ם אם מסר מודעה ויש לו רק מקצת אנוס דבעלמא אינו נידון כאנוס לבטל גט, כגון באונסא דנפשיה, אפ"ה סגי להצטרף עם המודעה לבטל את הגט.

וכתב בספר תורת גיטין - "מלשון השו"ע משמע דבעינן שיאמר שני הלשונות, היינו שיאמר דעו שאני אנוס, ושיהא הגט בטל. ובודאי בלשון דעו שאני אנוס לחוד סגי שיהא מסירת מודעא כדמוכח בתשובת תשב"ץ שהביא הב"י באחד שאמר אני נותן בכח הגט. וכן מוכח מהרשב"ם דס"ל דביטול הגט אינו מועיל קודם שנכתב, רק כשאמר שהוא אנוס מאמינים לו שהוא אנוס, אלמא דבאנוס לחוד סגי. וכן בחו"מ סי' רה ס"א גבי מתנה מבואר בדעו שאני אנוס לחוד סגי. ולהרא"ש בב"ב דף מ' מהני בדעו שאני אנוס אפילו ידוע שהאנוס שקר, ולהרמב"ן בחידושו שם והרשב"א הביאם הב"י בס"ס קמ"א דלא מהני כשאומר אנוס שהוא שקר, דהוי כגילוי דעתא בגיטא דלאו כלום הוא, וביטול מהני. ונראה דלטעם זה כתב שני הלשונות, שלשונות אלו מהני לכו"ע באנוס שקר, להרא"ש מטעם מודעא ולהרשב"א מטעם ביטול".

דברי התורה גיטין צריכים עיון במש"כ בדעת הרשב"ם דסגי להחשב כמסירת מודעא במה שאומר דעו שאני אנוס, ומפשטות לשון הרשב"ם נראה כמ"ש המכתב מאליהו בדעתו, וכפי שהובא לעיל.

ובמש"כ בתורת גיטין לבאר את דברי השו"ע, כבר תמה עליו הבית אפרים בתשובה (חלק אה"ע מהדורה תניינא, הוצאת מוסד הרב קוק, סי' עג), וז"ל - "נראה מדבריו שזה כתב המחבר מדעתו, ולכן מפרש דבריו דנקט הכי שיועיל אף להרמב"ן דאנוס שקר לא מהני, מ"מ מהני ביטול. ובמחכ"ת אשתמיטתיה שלשון זה של השו"ע הוא לקוח מלשון הטור, והטור כתב כן על פי דברי הרשב"ם בפרק חזקת שכתב כלשון הזה. וא"כ אין הדברים על דרך פירושו כלל. וגם גוף הדברים שכתב שם משם הראשונים אינם מכוונים כלל, ובפרט כי הטור והשו"ע מבואר בדבריהם דמיירי אחר כתיבה קודם נתינה".

אך בספר מנחת פתים (על אה"ע סי' קלד) כתב בפשיטות על לשון השו"ע - "ולכן אני אומר בפניכם שיהיה בטל. לשון זה מיותר, דגם בלשון דעו שאני אנוס לחוד הוי מסירת מודעא, כמבואר בפוסקים וכ"כ בתורת גיטין. וכן גם לשון שיהא הגט בטל לחודא, יש בלשון זה גם מסירת מודעא".

מבואר דס"ל דלהלכה נקטינן דבאחד משתי לשונות אלו הוי מסירת מודעא.

העולה מדברינו דהתורה גיטין נקט בפשיטות דלהלכה קיי"ל שאם יאמר דעו שאני אנוס זו מסירת מודעא, ושגם הרשב"ם סובר כן. המכתב מאליהו סובר שאין דעת הרשב"ם כן ולדעת רשב"ם אם לא יאמר לשון ביטול לגט אין זו מסירת מודעא, ולהלכה נקטינן שהיא ספק מגורשת. ולפי דרכו של הבית אפרים, הטור והשו"ע נקטו בפשיטות כשיטת הרשב"ם, ולשיטה זו נראה שבלא שיאמר לשון אנוס וכן לשון ביטול לא יחשב כמסירת מודעא.

אך למעשה אי אפשר להקל כשאמר דעו שאני אנוס ולא אמר לשון ביטול, מאחר שהריב"ש (סי' קכו) והתשב"ץ (ח"א

הם שאף לשיטת הרמב"ם אם אמר שהוא אנוס, מאחר ונאמן בדבריו, נידון כמסירת מודעא.

שיטת הרמב"ן - הובאה בבית יוסף סי' קלד, וז"ל - "וכתב הרמב"ן בפרק חזקת (מ:): הא דאקשינן בהאי שמעתא אי דגיטא ומתנתא גילויי מילתא בעלמא היא, איכא למידק עלה ובגיטא ומתנתא למה לי מודעא דאנוס, והא קיי"ל שאם אמר לשלוחו קודם שיגיע גט לידה גט שנתתי לאשתי בטל הוא בטל כדאמרינן בהשולח (לב.). והר"ש כתב ודוקא מודעא שיש בה אנוס אבל בלא אנוס אמר גט שאעשה לא יהא גט אין זה ביטול דכיון דלא נאנס כלל אנן סהדי דגמר בלבו בשעת מעשה ולא מהני ביה ביטול קודם כתיבה אלא אם כן ביטלו אחר כתיבה, זה כתב הרב ז"ל. ולפי דעתי יפה כיון שהאומר גט שאני כותב לאשתי בטל הוא למה יבטל אם נאמר ביטל סופר ועדים והרי כשחזר ואמר להם כתובו חזר ועשאן שלוחים וקיי"ל (גיטין לב:): אתי דיבור ומבטל דיבור וכל שכן דגבי כתיבה דגט לא בעינן שליחות ממש כדמוכח פרק קמא דזבחים (ב:): ופרק המביא תניין (כב:): ואם נאמר ביטל הגט עצמו שיהא כחרס והלא לאחר כתיבה נמי אינו יכול לבטל גט עצמו שלא יהא מגרש בו לעולם דאמרינן בהשולח (לב:): נהי דבטליה מתורת שליח גיטא גופיה מי קא בטליה ... עוד יש לחלק ולומר שאם אמר בטל הוא, מבוטל. אבל אנוס אני בו אלמלא שנאמן הוא בכך היה הגט כשר שהרי לא ביטלו בפיו ואפילו חשבת ליה גילויי מילתא בעלמא הא קיי"ל (גיטין ריש לד:): דלאו מילתא היא וכו' הילכך אין פיסולו של גט אלא בשביל שהוא נאמן באנוסו עכ"ל.

וכתב בספר מכתב מאליהו (ש"ז ס"ז) בשיטת הרמב"ן - "הרי מבואר דלדעתו כל שאמר שהוא אנוס ואינו נותנו ברצון נפשו הוי מודעא. גם הרב בעל העיטור כתב בדיני גט וז"ל, ומודעא דגט ומתנה הוא כגון שאמר לעדים דעו שאני כותב גט לאשתי או מתנה לפלוני ואין דעתי נכונה לזאת הגט והמתנה, הרי אלו הדברים מבטלין הגט והמתנה".

להלכה, כתב בספר מכתב מאליהו (ש"ז ס"ז) - "סוף דבר הך מלתא פלוגתא דרבוותא היא, ואם אמר שהוא אנוס בגט ההוא ואין רצונו בו, ולא אמר שהוא מבטלו, הרי זה לא ינתן, ואם נתנו הרי זו ספק מגורשת".

והטור סי' קלד פסק - "צריך שיבטל כל מודעא קודם שיתן הגט שאם מסר מודעא בפני ב' ואמר גט זה שאני רוצה ליתן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל הרי הוא בטל אע"פ שלא לקח בקנין אע"פ שאין מכירין את אונסו ואפי' אינו אומר אמת שאינו אנוס כיון שבטלו אינו גט".

וכן השו"ע פסק כלשון הטור וכתב - "צריך שיבטל כל מודעא קודם שיתן הגט, שאם מסר מודעא בפני שנים ואמר גט שאני רוצה ליתן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל, הרי הוא בטל ... אף ע"פ שאין מכירין את אונסו. ואפילו אם האנוס שאמר היה שקר".

לשון ביטול על הגט, ובלא"ה אינה כמסירת מודעה, וכן עולה מדברי הרשב"ם, וכך הוא פשוט לשון הטור והשו"ע. אך רבו הסוברים שגם אם רק אמר שהוא אנוס סגי בהכי להחשב כמודעה.

ושלישית, מפני שטענת האנוס שהבעל טען, היא טענת שקר. אך מאחר והטור והשו"ע פסקו בזה כדעת הרא"ש, אין מקום להקל מפני כך, ועוד אף לשיטת הרשב"ם הרי כתבו הריב"ש והנתיבות דסגי באנוס כזה שעל פי דין אינו נחשב כעישוי, ויש מקום לברר אם היה כאן אנוסא דנפשיה וכדומה.

התועלת שבביטול המודעות בטרם הנתניה

בנידון שבפנינו, הבעל חוזר וביטל מודעות בטרם נמסר הגט לאשה, ויש לדון האם תהיה תועלת בכך להכשיר את הגט למרות שלא נעשה ביטול המודעות מיד לאחר דבריו הנ"ל.

הבית יוסף סי' קלד כתב - "ובספר התרומה כתב דבביטול דשעת נתינה סגי. ומכל מקום נראה דיותר עיקר הוא מביטול דשעת כתיבה, וגם סמ"ג בסדר הגט לא כתב ביטול אלא בשעת נתינה גם בהגהות (מיימוניות קושטנטינא) פרק שני (ה"כ) כתוב ולכך ראוי לבטל כל מודעה בשעת נתינה".

מדברי הבי"ע עולה בבירור, שהביטול הנאמר בטרם מסירת הגט, יועיל לבטל את כל המודעות. שאילו ביטול כזה לא היה מועיל לבטל מודעה שנמסרה בטרם כתיבת הגט, הרי עלינו לחוש למודעה כזו שנמסרה בטרם כתיבת הגט. אך כבר תמיהו בזה על הבית יוסף.

בשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' פג כתב - "מה שנראה מדברי הבי"ע ז"ל דלספר התרומה אין צריך ביטול מודעה קודם הכתיבה רק בשעת נתינה, דלפענ"ד נראה דגם הוא מודה דצריך ביטול מודעה מקודם הכתיבה, רק לאפוקי מדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל שאם ביטל הגט לאחר הכתיבה לא מהני ביטול מודעה, לכן אין מניחים הבעל לילך, ולספר התרומה מהני ביטול מודעה, וזה כוונתו במה שכתב ולכן בבית יוסף מודעה בשעת נתינה סגי, היינו דסגי בבית יוסף, והוא כדעת הרמב"ם, אבל לא לאפוקי דלא צריך ביטול מודעה קודם כתיבה כאשר הבין הבי"ע ז"ל".

ובספר מכתב מאליהו (שער ז' סי' טז) כתב - "גם מה שכתב מרן שהרב בעל ספר התרומה כתב דבביטול דשעת נתינה סגי, ושגם הסמ"ג בסדר הגט לא כתב ביטול אלא בשעת נתינה, ושגם בהגהות כתוב כן. הנה ספר התרומה וההגהות כעת אין בידי, אבל בסמ"ג כן ראיתי, שלא כתב ביטול מודעות אלא בשעת נתינה. אמנם הדברים תמוהים בעיני, דאם זה מסר מודעה קודם כתיבה, הרי הגט נכתב בפסול, ומה יועיל ביטול מודעה דאחר כך. לכן הנראה לע"ד דמה שלא הזכיר בסמ"ג ביטול המודעה קודם הכתיבה, הוא משום דסדר הגט שהוא כותב הוא לסתם מגרשין שמגרשין

סי' א') ושאר חכמי הדור בתשובותיהם (בשו"ת הריב"ש החדשות סי' כז - לב), לא מצאו דרך לבטל דברים אלו של הבעל מצד חסרון לשון שמשמעותו ביטול הגט. על כן יש לחוש שדברי הבעל נחשבים כמסירת מודעה על הגט, ואם לא נעשה ביטול מודעות בטרם חזר וציווה לסופר, לא יועיל.

טען טענת אנוס בשקר

במקרה שלפנינו, לפי הידוע, לעדים ששמעו מהבעל את טענת האנוס, וכן לפי הידוע לבית הדין, לא ננקטו כל צעדי כפיה כנגד הבעל. אלא לאחר שכנועים רבים מצד בית הדין, ורק לאחר שסודר הסכם גירושין כפי המקובל עליו, הבעל ניאות לתת את הגט, ובטרם הציווי לסופר ולעדים אמר את הנוסח המקובל בסדר הגט ובכלל זאת אמר שהוא נותן את הגט מרצונו. הרי שטענתו הנ"ל שטען בפני הסופר והעדים שהוא כביכול אנוס, היא טענת שקר. במקרה זה נחלקו ראשונים האם יש מקום לדון דברים אלו כמסירת מודעה.

שיטת הרשב"ם הנזכרת לעיל שאם טענת האנוס שאמר אינה טענת אמת אין זו מודעה, וכן דעת הרמב"ן בחידושיו שם, וכפי שהובא בב"י. אבל הרא"ש בב"ב פ"ג סי' לב ובגיטין פ"ד סי' ו' כתב שאפילו ידוע שאינו אנוס וטענתו טענת שקר המודעה קיימת מאחר שגילה דעתו שאינו רוצה לגרשה.

וכתב בשו"ת דרכי נועם חלק חו"מ סי' טז - "לענין גט יש לחוש לדברי הרשב"ם להחמיר, אבל לא להקל. דהיינו אם הוברר לנו שאותה מודעה שמסר דברי שקר הם, דאליבא דהרשב"ם הוי גיטא ולדעת הני רבוותא לא הוי גיטא, אזלינן בה להחמיר וחולצת ולא מתיבמת, או אם פשטה וקבלה קידושין מאחר חוששין לקדושיה. אלא שהטור כתב בפשיטות שאינו גט כלל, אף על פי ששקר הוא מדבר הויא מודעה והגט בטל. והבית יוסף בסי' קל"ד הביא דברי הר"ן ז"ל נקטינן השתא דבגיטא ומתנתא אף על גב דלא ידעינן באונסי כתבינן וכן נמי אם תלה מודעתו בדבר שאינו אנוס אפ"ה מבטל גיטיה ומתנתיה, ואעפ"י שנראה מדברי הרמב"ן ז"ל דכל שתלה מודעתו בדבר שאינו אנוס אין בדבריו כלום, מה שכתבנו נראה עיקר, וכן נוטין דברי הרמב"ם ז"ל וכמו שכתבנו. ... וכן כתב בהדיא בשו"ע בסי' הנזכר".

העולה מדברינו

שבמקרה שלפנינו קיימות שלש סברות להקל, (אך אף אחת מהן אינה מוסכמת להלכה).

ראשית, מפני שלא אמר לשון "הווי עלי עדים" וכיוצ"ב, אמנם כך היא דעת הריב"ש שבלא לשון מסירת מודעה לא תחשב מודעה, אך נחלקו עליו כמה מחכמי דורו. ואמנם הבית יוסף הביא כן בפשיטות מהרשב"ץ, וכן נמשכו אחריו כמה מהאחרונים, אך הבית מאיר פקפק אם אפשר לסמוך למעשה על סברה זו.

שנית, מפני שלא אמר לשון ביטול על הגט אלא לשון אנוס אני, הרי שאמנם נראה מלשון הרמב"ם דבעינן שיאמר

אכתיב, ובעינא וכתב לרצונו וליכא. אלא אפילו היכא דאמר מקמי כתיבה נמי, כיון דלא אמר להו כתובו פסול, דאמירה קמייתא, כיון דאגיטא דמסר עליה מודעא אמרה כמאן דליתא דמיא. הא למה זה דומה, לאומר לעדים כתובו גט פסול לאשתי, שאינן רשאים לכתוב לה גט כשר, דכי כתיב לאו ברשותיה דבעל קא כתיב, ואמטו להכי צריך למהדר לבתר ביטול ולמימר להו כתובו, וכן הילכתא.

וכן מצאתי בתשובת אחד מהראשונים שכתב בפשיטות שאם מסר מודעא בטרם כתיבת הגט יש הכרח שיבטל המודעא בטרם יכתב הגט, ולא יועיל הביטול שנעשה בטרם המסירה, אך נראה מדבריו שנהגו בצרפת לעשות ביטול מודעא רק לאחר הכתיבה בטרם המסירה, ומשמע שסברו דבהכי סגי לבטל גם מודעא שנמסרה בטרם כתיבת הגט.

בשו"ת חכמי פרוניציה ח"א סי' סב, בתשובת רבי מרדכי ב"ר יצחק ז"ל, השיב בנידון שארע, שמיד לאחר שהבעל ציוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום, הבעל יצא מחוץ לבית הדין ובטל את שליחותם בפני שני עדים, אך קודם נתינת הגט ביטל מודעות כנהוג, וכתב שם רבי מרדכי ב"ר יצחק ז"ל - "אבל אם זה הפורץ גדר מצא כיוצא בו תכף שיצא מב"ד קודם שהיה שהות לסופר לכתוב, גם בזה רבו הדעות בין החכמים, כי לפי דברי הר"מ (הלכות גירושין פ"ו הי"ט) והראב"ד ז"ל ויתר חכמי הארצות האל, נראה דתו לא מהני בטול מודעא שעשה בשעת נתינה כיון שנכתב בפסול, ומשום הכי הנהיגו חכמינו כולם לבטל מודעא קודם כתיבה, ולא יניחו המגרש ללכת אנה ואנה כדי שלא יוכל לבטל אחר שצוה לכתוב הגט, אמנם הרב בעל התרומה ז"ל וגדולים אחרים מצרפת כתבו דאחר שאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום שאינו יכול לבטלו שלא בפניהם כי אם על פיהם כיון שרצה לעשות מעשה, והאריכו בזה ודבריהם כתובים בספריהם, ויתר מכן נוהגין בצרפת שאין חוששין לעשות בטול מודעי כלל עד שעת נתינה, והרבה פעמים בארץ אשר גרתי בה נתוכחתי עם גדוליה על זה, ולא הייתי רוצה למנות עמהם אם לא יעשה הבטול קודם, והיה הדבר קשה בעיניהם לשנות מנהגם שלא להוציא לעז על הגטין הראשונים. ויותר קשה בעיני לשוויי גיטא חספא, דכיון שהבעל ביטל בפירוש השליחות שעשה לכתוב הגט ולחתום קודם שכתבו וחתמו א"כ אין יכולין לכתבו ולחתמו לשמו ולשמה והלא אינם שלוחיו ואינם כותבים וחותמים במצותו, והוה ליה כשומע סופרים מקרים כו' (גיטין כד, א) דתו לא יכול לאתכשורי כלל, דיותר קשה זה להכשיר מן מוסר מודעא סתם ולא בטלה עד שעת נתינה, משום דהאי עובדא דאתינן עלה הוא בטל בפני הסופר והעדים מהיות שלוחיו בגט זה אם כן באי זו דבר יוכל להכשירו אחר זה."

הרי מבואר מדברי רבי מרדכי ב"ר יצחק ז"ל שאם נמסרה מודעא בטרם הציווי לסופר לכתוב, לא יועיל ביטולה שנעשה בטרם נתינת הגט.

ברצונם ... אם אין רצונו לגרש לא יגרש, ולמה ליה לגרש ולמסור מודעא. אמנם בשעת נתינה יש לחוש שאחר שכתב הגט נמלך בו ומשום כיסופא שהטריח לחכם וסופר ולעדים בוש לגלות דעתו ומוסר מודעא לבטלו, לכן הצריך ביטול מודעא בשעת נתינה."

ובסי' יז כתב המכתב מאליהו - "ממה שכתבנו בסימנים הקודמים מבואר הדבר, שאם מסר מודעא על הגט קודם כתיבה, ונכתב בלתי ביטול מודעות שהגט בטל. ואפילו ביטול מודעות קודם הנתינה לאו כלום הוא, דכיון שכבר בטל הוא משעת כתיבתו מה יועיל ביטול המודעא אחר כך. היכול לעשות מגט בטל שהוא כחרס הנשבר, גט כשר. ולא מיבעיא לדעת הרמב"ם (פ"ו מגירושין הי"ט) ומאן דעמיה דס"ל ז"ל דמסירת מודעא בגט היינו שאמר דגט שהוא עתיד לכתוב בטל הוא. אלא אפילו למאן דסבר דמסירת מודעא בגט הוי בשיאמר שהוא אנוס ואין רצונו בו, כאשר כתבנו לעיל בסי' הקודמים, אפילו לדעה זו נראה ברור, דאם נכתב בלתי ביטול מודעא שוב אין תקנה. דכיון דעיקר טעמם הוא מפני שאנו מאמינים בו שהוא אנוס ובאנוס כותבו, הרי גט בטל הוא אליבא דכו"ע כמ"ש לעיל. וכבר ראיתי להרשב"א סי' תקע"ג שכתב, וז"ל וקרוב בעיני דגט זה מעושה וכו' ואם רצה לחזור ולגרש בו אינה מגורשת כיון שמתחילתו בטל היה כו' יע"ש."

וראיתי במאירי עמ"ס בבא בתרא דף מ: שכתב בדין מודעא על מקח, וז"ל - "במסכת ערכין יתבאר שהמודעא יש לה ביטול, ר"ל שהמוסר מודעא הוא יכול לבטלה אחר כך. מעתה הרי שהתנה הקונה עמו לבטל בפני עדים על מודעא על מכירה זו, הרי המודעא בטלה והמכירה קיימת ... הא כל שבטלה לאחר המכירה, הואיל ועבר האונס, הן מחמת ממון הן מחמת פיוס, בטלה."

ונראה מדבריו שמאחר שבטל את המודעא, המודעא נעקרת למפרע והמקח חוזר לתקפו, למרות שבעת מעשה קנין המקח, הוא לא היה בר תקוף.

ובמסכת גיטין כתב המאירי על ביטול מודעא בגט - "אנו אין נוהגין אלא לבטלה קודם נתינה. ומכל מקום, כל שהמודעא בבטול הגט, נוח לבטלה קודם כתיבת הגט". הרי מדויק מלשון המאירי, שבסתמא נהגו לבטל מודעא רק בטרם נתינת הגט, אלא שאם ידוע שמסר מודעא בטרם הכתיבה, והודיע שמבטל את הגט, נח לבטלה קודם כתיבה, ומשמע שמדינא אינו מעכב, ומהני אף אם בטלחה רק לאחר כתיבה קודם הנתינה.

ומצאתי שהמכתב מאליהו כיון בדבריו לדברי הריטב"א. בחי' הריטב"א עמ"ס גיטין (חידושים מכתב יד הוצאת מוסד הרב קוק) בדף פח: כתב - "ולא שנא היכא דסגינא ליה למימר רוצה אני, ולא שנא היכא דצריך לבטולי למודיעה בפירוש, בעי למימר מקמי דלימא ליה לסופר כתוב ולעדים חתומו. דאי לבתר הכי, לא מיבעיא היכא דלא אמר אלא לאחר כתיבה דלית ליה תקנתא להווא גיטא, דכי איכתב במודעא

המנחת פתים (בהמשך דבריו שם) סיכם את דבריו וכתב - "ומכל האמור נתבאר כמה חילוקים בענין לשון ביטול הגט. שאם אמר לשון ביטול הגט בטרם שצוה לסופר לכתוב הגט, לשון זה הוא כמודעא על כתיבת הגט, ובעינין שיבטל דבריו בטרם שצוה לסופר לכתוב. ואם לאחר המינוי אמר כן כשאמר כן בפני הסופר, הוי לשון זה ביטול השליחות, ואם יצוה אותו אחר כך מחדש לכתוב, סגי. דכל שאפשר לומר דלביטול שליחות נתכוין, אין אנו דנין אותו למודעא. וקודם המינוי הא אי אפשר לומר לביטול שליחות כיון, דהא עדיין לא עשה שליח. וכשאמר כן שלא בפני הסופר בפני עדים, אין בזה ביטול שליחות, רק אנו דנין אותו כמסירת מודעא על נתינת הגט וצריך לבטל מודעא לפני נתינה וכן הדין באמצע הכתיבה. ולאחר שנכתב ונחתם והגט בידו ואמר גט זה בטל הוא, גם גוף הגט בטל הוא ואינו חוזר ומגרש", עכ"ל המנחת פתים, ולפי דרכו בנידון שבפנינו הגט כשר.

ויש לסייע לדברי המנחת פתים ממש"כ הריב"ש סי' קצו בשיטת הרמב"ם. וז"ל שם - "שכמו שאם הגט הוא ביד השליח ואמר יהא כחרס או יהא בטל אנו תולין שלא בטל הגט עצמו אלא שליחות השליח ויכול לחזור ולגרש בו כרב נחמן דקיי"ל כוותיה, ה"נ בשאינו ביד שליח, אין הגט בטל אלא א"כ בטלו בפירוש בלשון שיהא מבואר שכונתו על הגט עצמו, אבל כל היכא דאיכא למתלי שלא בטל גופו של גט תלינן ויכול לחזור ולגרש בו". ולפי זה נראה שאין חילוק בין ביטול בטרם כתיבה לביטול לאחר כתיבה, ואין הגט מבוטל כל היכא דאיכא למיתלי שלא כיון לביטול הגט עצמו אלא רק את השליחות.

וכן ראיתי בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע (מהדורא תניינא ח"א סי' עג) לאחר שהזכיר את דברי הרמב"ם ביחס לביטול הגט קודם הכתיבה שנחשב כמסירת מודעא, כתב וז"ל - "אמנם בביטול קודם הכתיבה לסופר ועדים אחר שעשאו שלוחים לכתוב, מבואר בש"ס שהוא כדין הבא לבטל שליח להולכה, והרמב"ם מייירי בקודם שעשאו שלוחים".

(מש"כ הבית אפרים "מבואר בש"ס שהוא כדין הבא לבטל שליח להולכה" היינו הסוגיא בדף לג: "ואף ר' יאשיה דמן אושא וכו' שדנו בגמרא דין ביטול שליחות הסופר והעדים כדין ביטול שליחות שליח להולכה, דבשליחות זו בלבד נחלקו רבי ורשב"ג, ואפ"ה מוכיחים מהעובדא דחמישה סבי דאיירי לעניין חשש שיבטל שליחות עדי הגט. וסבור הבית אפרים דה"ה לענין הדין דאמרינן דבסתמא מבטל השליחות ולא הגט, שוים שליח להולכה עם שליח לכתובת הגט או חתימתו).

אך עדיין יש לפקפק, אם יש מקום לבסס היתר על פי דרך זו. התייחסנו אם הבעל היה אומר לשון ביטול, הרי שהיה מקום לפרש דבריו שביטל רק שליחות הסופר והעדים. משא"כ כשאמר שהוא אנוס. ונקדים בזה את לשון הריב"ש בסי' תפב (הובא בב"י סוף סי' קסט) - "סבירא ליה לרב (הרמב"ם) ז"ל

העולה מדברינו, אם הבעל מסר מודעא בטרם כתיבת הגט, אמנם יש הסוברים שמדינא הגט כשר כל שביטל המודעא קודם נתינתו לאשה. אך למעשה אין מקום להקל, ויש לחוש לדעת הפוסלים הסוברים שלא יועיל ביטול המודעות מאחר שהגט נכתב בפסול ואין כח בביטול המודעות להחזירו להכשרו, וכן מבואר בכמה מהראשונים.

אמירת, אנוס אני שנאמרה לאחר הציווי לסופר ולעדים

בספר מנחת פתים (אה"ע סי' קלד) העלה נקודה חדשה, והיא שבנידון כגון נד"ד, שדברי הבעל נאמרו לאחר שצוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום, אין לראות בדבריו מסירת מודעא על הגט אלא רק ביטול שליחות הסופר והעדים. המנחת פתים לאחר שהעלה בפשיטות, כאמור לעיל, שבאחד משני לשונות אלו הוי מסירת מודעא, או שאומר שהוא אנוס או שאומר לשון ביטול על הגט (ולעיל הבאנו את דבריו), כתב - "אע"ג דלקמן סי' קמ"א מבואר דאם אמר גט זה שנתתי לשליח בטל, חוזר ומגרש בו, א"כ ימנה שליח פעם אחרת, יעו"ש סעיף סא. ואם איתא דיש בלשון זה מסירת מודעא היה צריך לבטל מקודם ביטול מודעא. יש לומר דשם כיון דהגט ביד שליח ואיכא למימר דלביטול שליחות קמכוין, אין אנו דנין בלשון זה ענין מודעא, רק ביטול שליחות. וכשחוזר ומצוה סגי. אבל קודם כתיבה וקודם מינוי שליח לכתובה, דאי אפשר לומר דלביטול שליח קמכוין, דהא עדיין לא עשה שליח, ע"כ כוונתו למודעא על הגט. ובענין זה מחלק הרמב"ם ז"ל לענין לשון ביטול אם קאי על גוף הגט או על השליחות, דאם הוא ביד שליח קאי רק על השליחות, ואם הגט בידו אמרינן דכוונתו לבטל גוף הגט כמבואר לקמן סי' קמ"א סעיף ס"ו".

יסוד דברי המנחת פתים נובעים משיטת הרמב"ם. הרמב"ם בהלכות גירושין פ"ו הלכה כא כתב - "השולח גט ביד שליח ובטל הגט הרי זה חוזר ומגרש בו כשירצה, שלא בטלו מתורת גט אלא מתורת שליחות, לפיכך אם היה הגט ביד הבעל ובטלו כגון שאמר גט זה בטל הוא אינו מגרש בו לעולם, והרי הוא כחרש הנשבר. ואם גירש בו אינה מגורשת. וכן אם פירש בעת שבטלו והוא ביד השליח ואמר גט ששלחתי הרי הוא בטל מלהיות גט אינו מגרש בו לעולם".

הר"ן בריש פרק השולח הקשה על דברי הרמב"ם - "ולא מחזור, דאם איתא דגט גופיה אפשר להתבטל, היכי אמר רב נחמן דחוזר ומגרש בו משום דמסתמא לא בטל אלא השליחות, והא חרס טפי משמע ביטול הגט מביטול השליחות. אלא ודאי משום דלא אפשר לקיומיה בגט גופיה, לפי שאי אפשר לו להתבטל, אמרינן דמשליחות קאמר".

אך שיטת הרמב"ם היא שאף שאמנם הבעל יכול לבטל את הגט גופו, אפ"ה כל עוד ניתן לפרש דקאי על השליחות, אין מפרשים דבריו ביחס לגופו של גט. וסובר המנחת פתים דה"ה לענין לשון מסירת מודעא, שאם הדברים נאמרו לאחר מינוי הסופר, אנו מפרשים כוונתו כביטול הציווי בלבד.

מבטל מודעה זו לאחר כתיבת הגט ומודה שמעיקרא לא היה כלל אנוס, י"ל דביטול המודעה מועילה, אף שנעשית לאחר כתיבת הגט.

נחזור לנידון דידן, מאחר שהבעל טען שכפו עליו לתת גט, הרי שיש לחוש שיש בדבריו משום מסירת מודעה. אמנם אילו היה מתברר שודאי אינו אנוס, אין בדבריו ממש כל עוד לא אמר לשון ביטול, ואף אם היה נוקט לשון ביטול, הרי שמאחר שדבריו נאמרו לאחר הציווי לסופר ולעדים, יש לייחס דבריו לביטול שליחות הסופר והעדים. אך בנידון דידן, אמנם בית הדין לא נקט צעדים לכפותו לגרש, אך לא ידוע אם ננקטו צעדים כאלו על ידי אנשים אחרים, כפי שהבעל טען בעבר, בסתמא הבעל נשאר נאמן בדבריו, כל עוד לא יחזור בו ויבטל דבריו. על כן אילו בעת ביטול המודעות היה מודיע שמקודם שיקר בדבריו, יש סברא שלא לחוש לדבריו. אך מאחר שאמר בסתמא שנותן את הגט מרצונו, עדיין אין הכרח שדבריו הקודמים נאמרו בשקר, שמא התרצה אחר כך לתת את הגט, אך בעת הכתיבה עדיין היה אנוס. ועדיין צ"ע בזה.

אך יש להוסיף בזה, המשנה למלך בפ"ו מהלכות גירושין (הלכה כא) נשאר בצ"ע על דברי הריב"ש. ושרש דבריו הוא, שלאותן שיטות הסוברות שאם הבעל אומר שהוא אנוס הרי זו מודעה המבטלת את הגט גם כשידוע שהוא אנוס הוא בשקר, (דהיינו לשיטת הרא"ש והטור והשו"ע שהובאה לעיל), דברי הבעל על אנוס מתפרשים כלשון ביטול הגט. ולא מטעם נאמנות הבעל באונסו אתינן עלה, ועיי"ש במשנה למלך שנשאר בצ"ע על הריב"ש. (ולהלך הבאנו מש"כ בספר נודע בשערים לחלוק על המשנה למלך).

ויש להעיר שאם נתפוס לעיקר את סברת המשנה למלך, הרי שבנידון דידן יש לקבוע שלשה דברים.

א. אמנם הבעל בתחילה אמר את הנוסח המקובל בסדר הגט, ובכלל דבריו הודיע שנותן את הגט מרצונו הטוב, ומיד לאחר שהלך עם הסופר והעדים אמר להיפך. אך אין מקום לפלפל בזה האם נתפוס לשון ראשון או לשון אחרון. אלא דבריו הראשונים מתפרשים כהודעה על אמיתות העניין שאינו אנוס לחלוטין, ובדבריו השניים מצא דרך לנקוט לשון ביטול על הגט. ואמנם שיקר בדבריו השניים, אך לשיטות הרא"ש והטור, אין לומר שעקב כך הדברים מבוטלים, אלא נחשבים כנוסח שבו הבעל מוסר דבריו לבטל את הגט.

ב. מאחר שדברי הבעל על אנוס מתפרשים כלשון ביטול, הרי שחזרנו לסברת הבית אפרים והמנחת פתים, וי"ל דהמשנה למלך איירי באם אמר דבריו לאחר שהסתיימה כתיבת הגט, אך אם הדברים נאמרו לאחר הציווי ובטרם הכתיבה, יש לפרש דבריו כביטול שליחות הסופר והעדים בלבד, ואין לראות בדבריו מסירת מודעה לביטול גופו של גט.

ג. אמנם מצאנו דרך שלא לחוש לדבריו הראשונים של הבעל, אך יש להחמיר מצד דבריו האחרונים, וכמו שיבואר להלן.

דהוא הדין נמי, קודם שנכתב הגט שיכול לבטלו, אפילו בלא אנוס. והא דאמרינן בפרק חזקת (מ'): מודעה דמאי אי דגיטא ומתנתא, גלויי מילתא בעלמא הוא. דמשמע דבעינן במודעה דגיטא, שיהא אנוס. אלא דלא בעינן: דידעינן ביה באונסיה דגלויי מילתא בעלמא הוא, וממהנינן ליה דאניס. הא אם ידענו בברור שאינו אנוס או שהוא מודה כן, אלא שרוצה לבטל הגט, קודם כתיבתו אין זו מודעה. איכא לתרוצי דלעולם אימא לך שאם אמר קודם כתיבה, שהוא רוצה לבטל הגט, שהגט בטל. והתם, מיירי בשאינו אומר שהגט יהיה בטל. אלא שאומר, ומוסר דבריו לעדים, שהוא אנוס. ובהא הוא דאמרינן דמהמנינן ליה, שהוא אנוס. דגלויי מילתא בעלמא הוא. וצריכין אנו בזה, לנאמנותו. שהרי כיון שלא בטל הגט בפירושו, אינו מבוטל. ואע"פ שנראה מדבריו שדעתו שיבטל, הא קיימא לן דגלויי דעתא, בגיטא לאו מילתא היא. ולכן, פסלותו הוא מפני שאנו מאמינין אותו, שהוא אנוס. ובזה הגט, פסול ופוסל, כמו בגט מעושה. ואם ידענו בברור. שהוא משקר, ואינו אנוס הגט כשר. אבל אם בטלו בפירושו, אע"פ שאינו אנוס, הרי הגט בטל. ואם מגרש בו, אפילו ריח הגט אין בו, אף באומר זה, קודם כתיבה, כמו במבטל הגט, אחר שנכתב. והרי הוא כאלו אמר הריני מבטל הגט מעכשיו, ולאחר שיכתב. אלא שאם בטלו אחר שנכתב, אין לו תקנה כלל, לגרש בו לעולם מכיון שנתבטל. ואם בטלו קודם שנכתב, יש לו תקנה בביטול המודעה ההיא, קודם כתיבה. אבל בחליצה, אינו יכול לבטלה קודם חליצה, בלא אנוס. שהרי כשאומר אני רוצה שכל חליצה שאחלוץ, תהיה בטלה, וידענו שהוא אינו אנוס, או שהוא מודה בזה אין בדבריו כלום. דהא אתי מעשה החליצה, ומבטל דבריו הראשונים."

העולה מדברי הריב"ש שישנם שני סוגי מודעות, יש מודעה שמשמעותה ביטול הגט עצמו, ויש מודעה שמשמעותה הודעה שהוא אנוס בגט זה. והחילוק העקרוני בין סוגי המודעות הוא שביחס למודעה של ביטול הגט, אין כל צורך שיהא אנוס כלשהוא, אלא בדבריו אלו הבעל מבטל את הגט "והרי הוא כאלו אמר הריני מבטל הגט מעכשיו, ולאחר שיכתב" כלשון הריב"ש. משא"כ במודעה שבה מודיע על אונסו, אם יתברר ששקר בדבריו, אין בה ממש, אלא שבסתמא הבעל נאמן.

ולפי דרך זו, נראה שדברי הבית אפרים והמנחת פתים מסתברים במודעה שבה הבעל נקט לשון ביטול, אך לא במודעה בה הבעל מודיע על אונסו. אלא שבסתמא הבעל נאמן, אך אם יתברר ששקר, אין ממש במודעה זו.

ונראה לומר דה"ה אם נמסרה מודעה קודם הציווי לסופר ובוטלה רק לאחר הכתיבה ובטרם המסירה, לעיל ראינו חילוקי דעות בזה, הרי שלשיטת הריב"ש אם זו מודעה מהסוג של ביטול הגט, בזה מבואר בריב"ש "שאם בטלו אחר שנכתב, אין לו תקנה כלל, לגרש בו לעולם מכיון שנתבטל. ואם בטלו קודם שנכתב, יש לו תקנה בבטול המודעה ההיא, קודם כתיבה". אך אם זו מודעת אנוס, הרי שאם הבעל

לא אמריןן, ויש לנו לסמוך בזה על הריב"ש, כי י"ל דגם הרמב"ם ז"ל מודה בהא".

לעומת זאת, בשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב, בתשובת מהר"ר יוחנן בן מתתיהו, דעתו לחלוק על הריב"ש והתשב"ץ בזה (התשובה נסובה על אותו נידון שברייב"ש ובתשב"ץ), וכתב בדעת הרמב"ם בלשון זו - "ואין לחלק ולומר דהיינו דוקא כשמבטל הגט בהדיא שאומר גט בטל הוא, וכדמשמע לפום ריהטא בגמ' כיצד מבטלו וכו' וכמו שהזכיר המיימוני וז"ל באיזה לשונות מבטל הגט אמר בטל הוא או אי אפשר בו וכו' דמשמע דוקא באלו הלשונות. נ"ל דטעות הוא לומר כן. ומה דנקט בגמ' זה הלשון כיצד מבטל, היינו כשלא הובן מלשונו שיש לו טענה הכרחית או אונס לבטל הגט ולא מודעא, רק שמדבר מענין הגט. ואז דוקא אלו הלשונות מועילים, דמשמע להבא, ולמעוטי הוה שאמר לאחר מכן שאם אמר גט זה פסול הוא, אינו גט, אינו מועיל וכו', לא אמר כלום, וכמו שפי', משום שאין זה לשון ביטול אלא שמודיע לנו אמיתת הדבר ואינו כן. אבל אם פירש בהדיא כדרך מודעא שהוא אינו רוצה נתינת הגט, או שהוא נותן בהכרח או כיוצא באלו, וכי לא יבטל הגט, והלא מתנה או מקח בטל בעשיית מודעא וכל השטרות ג"כ. אלא שבשאר שטרות יועיל ביטול מודעא, והכא כיון שנתבטל הגט בכך פעם אחת, הביטול לאחר מיכן אינו מועיל לפי הגרסאות שאמרנו ... אם אמר בהדיא בפיו שאין דעתו לגרש בטל הגט וזהו דאורייתא ... וע"כ הכי הוא, דאם איתא שאפילו שאמר בפירוש איני מגרש מרצוני או בעל כורחי לא יבטל הגט, אי לא נאמר ממש גוף הגט בטל, היכא פליגא שום אמורא בגילוי מילתא כגון ברוך הטוב ומטיב יבטל הגט, מי עדיף האי גילוי כי אם שמגלה ששמח שלא קבלה הגט ואיך יוכל, והלא אם אמר כן בהדיא אפילו הכי לא היה מועיל ... ונשוב למה שהיינו בו ואין להאריך, שכל מודעא אונס או שאינו חפץ לגרש יותר חשוב לבטל הגט מביטול הגט עצמו, וזה כתוב בהדיא בקצת התוס' ... שסברא פחותה היא שיבטל הגט לגמרי כשאומר בטל הוא, דאילו ספר תורה הנכתב לשמה אפילו יאמר אדם יבטל, מי יבטל בהכי שלא יהא נכתב לשמה, אבל כשמגלה בפירוש שאינו רוצה לגרש אשתו אז ודאי הגט בטל, וא"כ גט זה בטל דאורייתא ולא יגרש בו לעולם, ואינו מועיל ביטול לפי הגירסאות שתפסו עיקר כל הגדולים".

הרי מבואר, שמהר"ר יוחנן בן מתתיהו חולק על הריב"ש והתשב"ץ, וכתב שאליבא דשיטת הרמב"ם, ויתכן שאף אליבא דהחולקים עליו, בין אם אמר שאינו רוצה לגרשה ובין אם מסר מודעא, הגט גופו בטל ואינו יכול לגרש בגט זה לעולם, ולא יועיל ביטול מודעא.

ומצאתי שהמשנה למלך בהלכות גירושין פ"ו הכ"א, נטה מסברת הריב"ש, וכתב שלדעת הסוברים שאם מסר מודעא ואמר שהוא אונס וידוע שאינו אונס, אפ"ה המודעא קיימת. והיא דעת הרא"ש בפרק חזקת (סי' לב) ועוד ראשונים,

האם באמירת, אנוס אני' שנאמרה לאחר כתיבת הגט יש לחוש לביטול גופו של גט

יש לברר, מה טיבה של אמירת הבעל לאחר סיום כתיבת הגט, שהוא אנוס, האם יש בזה משום ביטול גופו של גט אליבא דשיטת הרמב"ם.

הריב"ש סי' קכז, שהובא לעיל, דן בבעל שאמר לאחר כתיבת הגט - "מה צורך לבכות אני נותנו בכח". וכתב - "נראה ברור כי אפילו הרמב"ם ז"ל שסובר שיכול לבטל הגט אחר כתיבה אע"פ שנכתב כתקנו ובכשרות, זהו כשאומר בפירוש שהוא מבטל גופו של גט ואומר יהא כחרס או יהא בטל או לא יועיל או לא יתיר או אחד מן הלשונות הנוכחים בגמרא במבטל הגט, אבל זה שלא אמר לשון בביטול הגט עצמו רק שאמר על הנתינה שהוא נותנו בכח, אף אם היה אומר בפירוש שאונסין אותו על הנתינה, אין זה בטל על הגט עצמו שלא יוכל לחזור ולגרש בו, אלא מסירת מודעה היא על הנתינה וגופו של גט אינו בטל, שכמו שאם הגט הוא ביד השליח ואמר יהא כחרס או יהא בטל אנו תולין שלא בטל הגט עצמו אלא שליחות השליח ויכול לחזור ולגרש בו כרב נחמן דקיי"ל כוותיה, ה"נ בשאינו ביד שליח אין הגט בטל, אלא א"כ בטלו בפירוש בלשון שיהא מבואר שכונתו על הגט עצמו, אבל כל היכא דאיכא למתלי שלא בטל גופו של גט תלינן ויכול לחזור ולגרש בו".

וכן התשב"ץ (בחלק א' סי' א') כתב באותו נידון - "הרמב"ם ז"ל ישב בזה לפי סברתו דלא מיקרי ביטול גט אלא כשהוא בידו ואומר גט זה בטל הוא, אבל אם אינו בידו אלא ביד השליח אע"ג דאמר בטל הוא לא ביטל אלא שליחות השליח ... כאן יש לנו לומר לפי סברת הרמב"ם ז"ל שכיון שאינו בידו, מה שאמר גט זה שאתן אותו אני אתן אותו שלא ברצון ונגד רצוני דהוי כאילו אמר אי אפשר בו, דלא הוי ביטול הגט, כיון שאינו בידו, וכיון דלא הוי ביטול הגט, חוזר ומגרש בו".

ועיין בשו"ת נודע בשערים ח"א סי' ח' שהביא דברי הריב"ש, והסכים עמו שהאומר שהוא אנוס, אין זה אלא ביטול הנתינה שיעשה, ויחשב כמוסר מודעא. דבסתמא, אמרינן שבא לבטל דבר העתיד, ולא מה שכבר עבר. ודייק כן מלשון הרמב"ם "כגון שאמר גט זה בטל הוא", ומבואר שצריך לומר לשון ביטול על הגט גופו, ולהלן הבאנו המשך דברי הנודע בשערים בנקודה זו.

מלבד זאת כתב הנודע בשערים - "ובאמת לענין עיקר הדין בשעת הדחק ראוי לסמוך על רוב הפוסקים דלא ס"ל כדעת הרמב"ם, רק דאינו יכול לבטל גוף הגט. כי הרשב"א לא כתב רק דראוי לחוש לכתחילה מלגרש בו. רק הרא"ש כתב סתם להחמיר, והר"ן דחה בזה דברי הרמב"ם בהחלט. וכן דעת הרמב"ן והריטב"א בקידושין פרק האומר. לכן נראה שיטת רש"י ותוס'. וא"כ די לנו לומר היכא שביטל הגט בפירוש, אבל דנחוש עוד דמסירת מודעא על הגט יהיה כביטול גופו של גט לבל יהיה עוד יכול לחזור ולגרש בו זה

וכן דעת העונג יו"ט סי' קמג במי שאמר אחר כתיבה שאינו רוצה לגרש, וז"ל - "ביטול גופו של גט ודאי לא הוי, דהא כתב הרמב"ם דביטול גופו של גט היינו באומר גט זה בטל מלהיות גט. אבל אינו רוצה לגרשה לא הוי ביטול הגט בשום אופן".

וכן דעת השואל ומשיב מהדורא קמא ח"ב סי' קנה (הובא בשדי חמד מערכת גט סי' א' אות כא) בבעל שאחר כתיבת הגט וחתימתו אמר לפני הנתינה שלא יתן גט או שאמר שלא יתן הגט או שאמר שלא יגרש (הרב השואל לא זכר איזה מאחד מלשונות אמר הבעל). וכתב השואל ומשיב - "אין כאן בית מיחוש כלל, דבאמת רוב הפוסקים הסכימו דאינו יכול לבטל גוף הגט, רק הרמב"ם דעתו דיכול לבטל הגט וחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו רק כשאמר גט זה בטל הוא ולא כשאמר לא אתן, ואף שנסתפק אם אמר שלא אתן הגט בה"א הידיעה, מ"מ מאן לימא לן שרצה לבטל הגט רק שלא רצה ליתן".

ועיין בשו"ת דברי חיים ח"ב סי' פד, ונראה שדן בעובדא זו של השואל ומשיב, ופסק שאין בדברי הבעל לשון ביטול. וכן הביא השדי חמד (שם) בשם ספר רוב דגן וספר ויקרא אברהם שכתבו להקל אם הבעל אמר שאינו נותן גט. וכן כתב העונג יו"ט בעובדא שאמר שאינו רוצה לגרשה. וכן דעת המהרש"ם ח"א סי' ריח שבאומר לא אגרשך אין כאן לשון ביטול. וכן בתשובות משכנות יעקב חלק אה"ע סי' לא כתב שאם אמר שלא יתן הגט אין בזה לשון ביטול הגט, וכתב המשכנות יעקב לבאר דאמנם מצינו בדף פח ברש"י שבנמלך באמצע כתיבת הגט נידון כביטול, "נראה לפרש דהתם שכתב רק מקצת הגט ושוב חזר ומנע הסופר מלכתוב הרי בפירוש ביטל שליחות הסופר כיון שבטלה שליחותו, משא"כ אחר גמר הכתיבה שכבר עשה הסופר שליחותו".

והנה לכאורה היה מקום לומר שכל הפוסקים שהזכרנו יסכימו דה"ה אם הבעל אמר שהוא אנוס, מאחר שאין בזה ביטול לגופו של גט, וכסברת הריב"ש. אך לפי המבואר במשנה למלך, שנטה מסברת הריב"ש ונשאר בצ"ע בדבריו, הרי שיש חילוק בין אומר אינו רוצה לגרשה, שלא ביטל גופו של גט, למי שאמר שהוא אנוס, שדבריו מתפרשים כביטול הגט עצמו.

מסקנת הדברים

בנידון שלפנינו, הבעל אמר שהוא אנוס, הן לאחר הציווי לסופר ולעדים והן בטרם המסירה.

ביחס לדבריו שנאמרו לאחר הציווי, ראינו שעניין זה תלוי בכמה מחלוקות בפוסקים -

א. מחלוקת הפוסקים בדין מסירת מודעא בלא שאמר דבריו לעדים בדרך מסירת מודעא.

ב. מחלוקת הראשונים האם יש מקום למודעא בלא שהבעל אמר בפירוש לשון ביטול הגט.

והטור והשו"ע סי' קלד, אליבא דשיטה זו, אף לאחר הכתיבה אם הבעל אומר שהוא אנוס, הו"ל כאילו ביטל את הגט עצמו. וכוונתו של המשנה למלך היא, דמאחר שידוע שאינו אנוס, הרי שאין לפרש דבריו אלא כביטול הגט. ועל כן לדעת הרמב"ם וסיעתו שיכול לבטל גופו של גט, יש לראות בדבריו אלו ביטול לגט עצמו, עיי"ש שסיים על דברי הריב"ש - "ודברי הרב צל"ע".

אך הנודע בשערים בתשובה סי' ח' (שהבאנו לעיל) כתב על דברי המשנה למלך - "לדעתי אין זה מוכרח, די"ל דלא הוי רק כביטול על הנתינה שיעשה, והוא כשאר מודעות דסתמא הוא בא לבטל דבר העתיד ולא מה שכבר עבר, וכדברי הריב"ש סי' רל"ב אשר הבאתי לעיל. וגם מדוקדק לשון הרמב"ם שכתב ולפיכך אם היה הגט ביד הבעל וביטלו כגון שאמר גט זה בטל אינו מגרש בו, שהוא לכאורה שפת יתר דלאיזה צורך כתב לשון הביטול, דהא כבר ביאר לשונות הביטול, ודי היה שיבאר היה הגט ביד הבעל ובטלו דבזה אינו חוזר ומגרש בו, כיון דאינו שייך לומר שביטל לשליחות השליח כיון דלא עשה עדיין שליח. אלא נראה דהרמב"ם הורה לנו במתק לשונו דדוקא אם מורה ומבאר דהביטול הוא על גופו של גט, הוא דאינו חוזר ומגרש בו. אבל אם אינו אומר גט זה, רק אומר בטל הוא, י"ל דהוה מסירת מודעא על הנתינה שתהיה לבל תעשה הפעולה, אבל לא בא לבטל שליחות הסופר והעדים מעיקרא".

יש לציין, שכמה אחרונים כתבו להקל במקרה שהבעל אמר שאינו רוצה לגרשה ושוב חזר ונתרצה לתת גט. מאחר שלא נקט לשון ביטול הגט אלא שכעת אינו רוצה לגרש, ולדעתם בכה"ג אין לחוש לביטול גופו של גט.

כן פסק בכתב סופר אה"ע סי' צ' שאם הבעל לא אמר שמבטל הגט, אלא אמר שנמלך ואינו רוצה לגרש, ואח"כ חזר בו ורוצה לגרש, שיכול לגרש בגט זה. ומבאר הכתב סופר - "דלא נתבטל הגט רק כשאמר בפה מלא שמבטל הגט, אבל במה שאמר שאינו רוצה לגרש עוד לעולם, אין במשמעות שמבטל הגט שיהיה כחרס, אולי יעלה בדעתו לגרש. ואפילו היה כוונתו לבטל הגט, לא אתי דבור סתום כזה ומבטל דבור המפורש, כמ"ש לעיל בביאור טעמא דר"נ לרמב"ם דלא מהני ביטול הגט כיון שיש לתלות בביטול השליחות גם אם כוונתו לביטול הגט כיוון שאין ברור מללו לא מהני, כ"ש כאן כשלא אמר כלל שמבטל הגט רק שאינו רוצה לגרש דאפילו התכוון על הגט דלא אתי דבור כזה ומבטל לדבור הראשון".

הכתב סופר הוכיח את דבריו מריש פרק כל הגט - במשנה שנינו "כתב לגרש את אשתו ונמלך מצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך פסול לגרש בו". ומבאר הכתב סופר - "מוכח מתוכו דהוא בעצמו יוכל לגרש ואחר לא משום שלא נכתב על שמו, ואי תימא נמלך הרי הוא כמבטל הגט, גם הוא אינו יכול לגרש".

בספר עונג יו"ט סי' קסז כתב - "מבואר באחרונים ז"ל, דאם הגט הראשון פסול יש לכופו ליתן גט אחר ... דלאו כל כמיניה לעגנה שתהיה מגורשת ואינה מגורשת". ובשו"ת עין יצחק ח"ב סי' יט ס"ק מה כתב - "והנה זה ברור דהיכא דהבעל גירשה בגט פסול יכולין לכופו שיגרשה בגט אחר כשר, כמבואר בירושלמי פ"א דגיטין ה"א בזה"ל נתן לה גיטה אשכחוני' גט בפסול כפוני' ויהיב לה חורן אתי עובדי' קמי' דרבנן ואכשרון משום דנקרא גט מעושה כדן ע"ש. וכן הוא באה"ע סי' קנ"ד סעיף כ"א ברמ"א בקצרה ולא כתבו שם מקור לזה. ובעז"ה שמצאתי מקור לזה מהירושלמי הנ"ל".

ובספר שו"ת כוכב מיעקב ח"א סי' מד כתב - "היינו טעמא דכופין אותו לגרש ביצא לעז על הגט, דהנה מבואר בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' אלף רל"ו) מובא ברמ"א סי' קנ"ד ס"ז דאם קידש אשה שאינה מסורה לביאה כופין אותו לגרש כיון דאינו ראוי לדור עמה ולבוא עליה. ולפ"ז י"ל דהיינו טעמא ביצא לעז על הגט שכופין אותו לגרש כיון דמן התורה היא מגורשת הוי בעילתו בעילת זנות, משום הכי כופין אותו לגרש שנית דהוי כמו קידש אשה קידושין שאינן מסורין לביאה שכופין אותו לגרש", עכ"ל. ולסברא זו אין חילוק בין ספק גירושין ובין גירושין גמורין שיצא עליהם לעז.

ועל כן גם בנידון דידן מאחר ויש עיקולי ופשוטי בגט זה, והאשה בחזקת אשת איש, יש לחוש שדינה כספק מגורשת, על כן יש לזמנם לסידור גט מחדש, ואם הבעל יסרב יש מקום לכפות את הבעל לתת גט אחר כדי שלא לעגנה. סוף דבר, לאחר זמן קצר הצדדים הופיעו בבית הדין וסודר גט מחדש ללא טענות ומענות.

ג. המחלוקת בשאלת ביטול מודעא לאחר כתיבת הגט בטרם הנתינה.

אך מאחר שאין הכרעה ברורה להקל באף אחת מהמחלוקות האלו, והאשה בחזקת אשת איש קיימא, אין להוציאה מכלל ספק מגורשת.

וביחס לדבריו האחרונים של הבעל, מאחר שנעשה מיד ביטול מודעות, לדעת הריב"ש והתשב"ץ על עוד הבעל לא הזכיר לשון ביטול הגט, אין בזה ביטול. אך לדעת מהר"ר יוחנן ב"ר מתתיהו שבשו"ת הריב"ש החדשות, יש לראות בדבריו ביטול גופו של גט, וכסברא זו נקט המשנה למלך, אליבא דשיטת הראשונים הסוברים שהמודעא מועילה אף כשהבעל אמר שהוא אנוס והתברר ששקר בדבריו.

והנה ברמ"א סי' קנד סעיף כא פסק - "מי שגירש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעז על הגט, מותר לכופו לתת גט אחר". ואמנם בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' ס' סבר שדינו של הרמ"א נאמר דוקא כשהגט מדינא כשר אלא שיצא עליו לעז, משא"כ כשהוא נפסל בפסול גמור. וכן בספר אור שמח הלכות אישות פרק ז' הלכה כג כתב - "בשו"ע הלכות גיטין (א"ע סימן קנ"ד סעיף כא) כתב מי שגרש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעז על הגט מותר לכופו לתת גט אחר, ויש מקור לזה מדברי ירושלמי (פ"ק דגיטין הלכה א') נתן לה גיטא, אשכחינה בפסול, כפוניה ויהיב לה חורין כו', וזה מורה דכופין לתת גט אחר, ועיין במפרש שם שפירש שיש לומר דכהן היה והיה אסור לישא אותה יעו"ש. אולם גם בשו"ע לא נזכר רק בשהגט כשר, אך קצת לעז איכא, אבל בספק גט צ"ע אם רשאיין לכוף אותו לתת גט אחר, ואולי הוי גט מעושה", עכ"ל. אך דבריהם אינם מוסכמים.

סימן עט

פסק דין בשאלת כשרות גט

שבט תש"ס

הדין, והבעל אמר לו את המילים הבאות - "תגיד להם שאני לא מוכן לתת את הגט כי הם כפו עלי את הגט הזה". הסופר והעדים לא שמעו דבר מהבעל והמשיכו בכתיבת הגט ובחתימתו. לאחר סיום חתימת הגט, הבעל אמר את הנוסח המקובל לביטול מודעות ומסר לאשה את הגט. באותו מעמד, לאחר שאותו עובד הודיע לבית הדין את הדברים שנאמרו לו, בית הדין העדיף שלא לקרוע את הגט ולהתחיל בציווי מחדש, וזאת מתוך הכרת טיבו של הבעל והתנהגותו הנוקשה, היה נראה שהבעל יסרב לציית לבקשה זו, להתחיל מחדש בסדר הגט, והיה מקום לחוש שבתוך כדי הדברים עמו יבוטל הציווי שכבר נאמר ויתבטל סידור הגט שהיה הכרח המציאות.

מאחר שהגט כבר נכתב בחלקו, בית הדין העדיף לסיים את כתיבת הגט ומסירתו לאשה, ולעיין בדבר אם הבעל

בפני בית הדין עומדת להכרעה שאלת כשרות גט שניתן. קודם לסידור הגט, בני הזוג הופיעו בבית הדין לדיון בתביעת האשה לגירושין, ולבירור טענות חמורות שטענה כנגד הבעל. לאחר שהאשה סיימה להציג את טענותיה, ביה"ד הציע לבעל להסכים לסידור גט לאלתר, ובכך לייתר את הדיון ולהמנע מבירור מפורט בטענות, ולמנוע מהבעל את הקושי הכרוך בבירור טענות האשה. הבעל הסכים לתת גט, הדיון בתביעה לגופה הופסק, והחל סידור הגט.

סידור הגט נעשה כמקובל. הבעל הוזהר, כמקובל בכל סדור גט, להמנע מלדבר בכל דבר הקשור לגירושין או לסדור הגט. בהתאם להנחיית בית הדין, הבעל ישב בחדר צדדי, ללא נוכחות אדם נוסף והמתין לסיום כתיבת הגט וחתימתו. באמצע כתיבת הגט נכנס לאותו חדר, אחד מעובדי בית

לשון ביטול אין זו מסירת מודעא, אך מתשובת הריב"ש סי' קצו והתשב"ץ ח"א סי' א' ושאר חכמי הדור שהשיבו על אותו נידון, והובאו בשו"ת הריב"ש החדשות סי' כח-לב, עולה שגם אם הבעל אומר שהוא אנוס על הגט ולא אומר יותר מכך, נחשב כמסירת מודעא, וכן כתב בתורת גיטין סי' קלד ס"א, ועיין לעיל סי' עח שהארכנו בזה.

אך יש מקום לדון שאין כאן מסירת מודעא, וזאת מכמה טעמים.

ראשית, המודעא נמסרה בפני עד אחד בלבד. שנית, המודעא לא נמסרה בדרך מסירת מודעא. ושלישית, בנידון דנן הבעל קבל התחייבות, שיש בה שוה כסף במסגרת הסכם הגירושין, כשהאשה התחייבה לפרנס את הילדים במקומו מלבד סכום נמוך שהבעל התחייב לשלם עבור מזונותיהם.

שתי הסברות הראשונות נזכרות בדברי התשב"ץ בתשובה ח"א סי' א' (עיקרי הדברים הובאו בבי"י סי' קלד).

וז"ל התשב"ץ - "הדברים שאמר יצחק המגרש לדודו בשעת מסירת הגט, בלשון הזה - אני נותן בכח זה הגט. גם זה הלשון אינו גורם קלקול כלל בגט, ולא במסירתו, מפני שני דברים. האחד, שאפילו אמר בפירוש לדודו הריני אנוס בזה הגט ואי אפשי בו או שאר הלשונות הפוסלים את הגט, אפילו הכי אין גט זה בטל מפני אותן הדברים, כיון שלא היו דבריו לעדים כמוסר מודעא אליהם. דבמודעא בעינן שימסור דבריו אל העדים, ובעינן נמי שיהיו שנים כדאיתא בפרק חזקת (מ' ע"א) מודעא בפני שנים. ושלא בפני שנים לא היא מודעא, אע"פ שהלה מודה לו שמסר מודעא בפניו, משא"כ בקנין אע"ג דבעינן שנים אי מודו להדדי לא צריך מידי דלא איברו סהדי אלא לשקרי כדאיתא בפרק האומר בקידושין (ס"ה ע"ב). ואפילו מסר מודעא לפניו ובפני עד אחד, מפקפק הרמב"ן ז"ל בפרק חזקת ורפוי מירפא בידיה. וכיון שכן, צריך שתהא מסירת המודעא כמוסר דבריו אל העדים ... והכי מוכח לישנא דגמרא (ערכין כ"א ע"ב) מאן דמסר מודעא אגיטא וכו' משמע דבעינן שימסור דבריו לעדים שזהו לשון מסירה כדאמרין מסר מילך קמן דידן. ואמרין נמי רבנן דבי רב אשי מסרי מילי אהדדי, לא שישמע כן ממנו דרך שיחה דשמא היה משטה בדודו או דוחהו בדברים שאם לא היתה דעתו מפוייסת בדברים אלו, לעדיו היה אומר כן. וכיון שלא מסר כן לעדים השומעים אותם הדברים בודאי דרך שיחה בעלמא היה אומרם לא דרך מסירת עדות ... והרשב"ם ז"ל כתב בפרק חזקת (מ' ע"א) מי שאנסוהו למכור וליתן את שלו בעל כרחו ולכתוב שטר מכירה או מתנה בעדים צריך להודיע קודם לכן לפני העדים ולומר להם דעו שהמכירה או המתנה של שדה זו שאני רוצה לעשות לפלוני שלא ברצון נפשי אעשה כי אונסני ומכריחני בעל כרחי דלא יהיה ממש באותו שטר שאעשה וכו'. ובספר עטור סופרים כתוב דמודעא דגט או מתנה הוא כגון שאמר דעו שאני כותב גט לאשתי או מתנה לפלוני ואין דעתי נכונה לזה ובטל הגט

יסרב לתת גט נוסף, וזאת במקום להסתכן שהבעל יבטל את הצווי ויסרב לתת גט חדש.

ואמנם, מיד לאחר שהגט הנ"ל כבר נמסר לאשה, בית הדין בקש מהבעל לסדר גט נוסף על מנת לצאת מכל ספק, אך הבעל התנגד ועמד בסירובו לתת גט נוסף, למרות הפצרות של בית הדין. בנסיבות אלו הוזקקנו לעיין בשאלת כשרות הגט.

הבעל לא היה אנוס בנתינת הגט

ראשית, נציין שלא הופעלה כפייה על הבעל ללחוץ עליו לתת גט, אלא ביה"ד פנה אליו באמצעי שכנוע בלבד, והומלץ לבעל שהאינטרס שלו הוא, שבית הדין ימנע מלהכנס לעובי הקורה של תביעת הגירושין וימנע מבירור הטענות שהושמעו על ידי האשה, מאחר שאם יתברר בבית הדין שאמת בפיה, הדבר עלול להסב לו עגמת נפש רבה. ומכיון שאשתו כבר אינה מעוניינת בו והוא אינו מתגורר עמה וגר במקום אחר, הומלץ לבעל להמנע מכל ההליך של בירור תביעת הגירושין לגופה ולתת גט לאלתר.

כמובן שאין בכל האמור כפייה. למרות זאת, הבעל בדבריו לאותו עובד כאמור לעיל, טען שכפו עליו את הגט. וכן אמר שאינו מוכן לתת את הגט.

האם יש בדברי הבעל מסירת מודעא

יש לדון האם יש לראות בדבריו אלו של הבעל, מסירת מודעא על הגט, באמירתו שהוא אנוס על הגט.

אמנם יש אומרים, שאם אנו יודעים שהבעל אינו אנוס, אין לחוש שטענת הבעל שהוא אנוס לגרש תחשב כמסירת מודעא, אך מסקנת הבי"י אה"ע ריש סי' קלד שאמירה כזו נחשבת כמודעא, גם אם ידענו שאינו אנוס.

וז"ל הבי"י - "הר"ן כתב שם, וזה לשונו, נקטינן השתא דבגיטין ומתנתא אע"ג דלא ידעינן באונסיה כתבינן, וכן נמי אם תלה מודעתו בדבר שאינו אנוס אפילו הכי מבטל גיטיה ומתנתיה, ואע"פ שנראה מדברי הרמב"ן ז"ל דכל שתלה מודעתו בדבר שאין בו אנוס אין בדבריו כלום, מה שכתבנו נראה עיקר, וכך מטין דברי הרמב"ם ז"ל וכמו שכתבנו".

והטור בסי' קלד כתב - "אם מסר מודעא בפני שנים ואמר גט זה שאני רוצה ליתן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל הרי הוא בטל, אע"פ שלא לקח בקנין, אע"פ שאין מכירין את אונסו, ואפילו אינו אומר אמת, שאינו אנוס, כיון שבטלו אינו גט, ואע"פ שנותנו אח"כ לא אמרינן שבטל המודעא שמסר עד שיאמר בפירוש שמבטל המודעא ואז היא בטילה".

הרי מבואר, שאם הבעל מוסר מודעא בפני שני עדים וטוען שהוא אנוס על הגירושין, אף שאין אנו מכירין באונסו ואפילו ידוע לנו שאינו אומר אמת, מ"מ יש בדבריו משום מסירת מודעא.

אמנם במקרה שבפנינו, הבעל לא אמר בפירוש שהגט יהא בטל, ולשיטת הרשב"ם במסכת בבא בתרא (דף מ:) בלא

קדושיה קדושין, אי לאו משום טעמא דהוא עשה שלא כהוגן, כדאסיק רב אשי (ב"ב מח:), אע"פ שהיא מתקדשת בפרוטה. דשאני אשה, שכך דרך כל הנשים להתקדש בפרוטה, וגם שהבעל מתחייב לה בשאר כסות ועונה, וגם דאתתא בכל דהו ניהא לה. אבל לכוף האיש לגרש אשתו בקבלת מעות, לא נאמר אגב אונסא וזווי גמר ומגרש, ואפילו בכל ממון שבעולם, דאין דמים לאשה. אמנם אני אומר, דכל שמקבל מעות בגירושין דמי לזביני, לענין שאם ימסור מודעא צריך שידעו העדים באונסו, ואי לא, מודעיה לאו מודעא. דכיון שמקבל מעות, מעתה לאו גלויי מילתא הוא, וא"כ אין כאן מודעא כלל.

העולה מדברי הריב"ש והתשב"ץ שאין לדון את דבריו של הבעל כמסירת מודעא, וזאת משלשה טעמים - א. מפני שדבריו נאמרו בפני עד אחד בלבד. ב. מפני שהדברים לא נמסרו בדרך של מסירת מודעא. ג. מאחר והבעל קבל שוה כסף תמורת הסכמתו לתת גט, ונבאר בעז"ה את הדברים, והאם כל אחד מטעמים אלו מוסכם בפוסקים.

ראשית, הבעל אמר את דבריו בפני עד אחד, וקיי"ל דמודעא בפני שנים. וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' קלד ס"א, והרמ"א שם החמיר במוסר מודעא בפני שני עדים זה שלא בפני זה, ומבואר דבפני עד אחד לחוד לכו"ע לא מהני. ועיין בחו"מ סי' פא בש"ך ס"ק כב שהאריך להוכיח כדעת בעל המאור שהודאת בעל דין בפני עד אחד אין בה ממש, וגם אינו מחוייב להשבע מכח עדותו. ובתוך דבריו כתב הש"ך - "וכן משמע לפע"ד פשטא דסוגיא בפרק חזקת הבתים [דף מ' ע"א] דקאמר מחאה בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, מודעא בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, הודאה בפני שנים וצריך לומר כתובו, וקיום שטרות בשלשה. משמע דקאמר דומיא דמחאה ומודעא בפני שנים, מה מחאה ומודעא בפני שנים דוקא." עיי"ש, הרי שהש"ך סובר שמודעא בפני שנים, לעיכובא, ומודעא בפני עד אחד אין בה ממש.

אלא שבספר תורת גיטין בסוף סי' קמא (סוף ד"ה ומעשה) כתב להחמיר במודעא בפני עד אחד, כשם שמחמירים בקידושין בפני עד אחד.

וכן בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע סי' נו כתב כסברת התורת גיטין, וציין למש"כ הט"ז באה"ע סי' קלג דלמ"ד דחוששין לקידושין בע"א ה"ה עד אחד בגיטין. וכתב עוד הברית יעקב - "ואף לרוב הפוסקים באה"ע סי' מב דס"ל דלא מהני עד אחד בקידושין ובגיטין, אפ"ה אפשר לומר דבמודעא מהני עד אחד. דהא דבעינן שני עדים בגיטין היינו להוציא מחזקת איסור אשת איש דהוי קיימא, והוי ג"כ דבר שבערוה, ודבר שבערוה אין פחות משנים. אבל להעיד על ביטול הגט לאחזוקי בחזקה קמייתא באיסור אשת איש, דהוי קיימא דהחזקה מסייע להעד יש לומר דמהני ג"כ עד אחד. ועוד דשאני גיטין וקידושין דאפילו שניהם מודים לא מהני

והמתנה עד כאן. וכן בספר אה"ע"ז (סי' קלד) כתב בזה"ל מסר מודעא בפני שנים ואמר גט זה שאני נותן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר לפניכם שיהא בטל הרי הוא בטל ע"כ. וכן בשאר חבורים כולם מסכימים שצריך שיהיו דבריו כמוסר עדות לעדיו.

וכן הריב"ש סי' קכו שהשיב על אותו נידון של התשב"ץ כתב בלשון זו - "עתה יש לעיין במה שאמר אחר כתיבת הגט וחתימתו, קודם נתינתו, כשהיה בוכה דודו על ענין נתינת הגט, ואז אמר המגרש מה צורך לבכות אני נותנו בכח ... הלשון המוזכר בערכין כך הוא מאן דמסר מודעא אגיטא, מודעיה מודעא, נראה מזה הלשון שצריך שימסור דבריו לעדים. וכן ממ"ש (ב"ב מ:): מודעא בפני שנים ואין צריך לומר כתובו, הודאה בפני שנים, וצריך לומר כתובו הנה שדמו מודעא להודאה שצריך לומר אתם עדי, אלא שבמודעא א"צ לומר כתובו ... ועוד י"ל, שאף אם היינו אומרים שהלשון שאמר, שהוא נותנו בכח, יהיה כוונתו שהוא אנוס ומוסר מודעא על זה, עדיין י"ל שאין מודעא זו כלום, לפי שאפילו כתבו לו העדים שטר ממודעא זו, אינה כלום, לפי שהיו צריכין לכתוב בה שהם יודעין באונסו. כדאמרינן בפרק חזקת (מ:): אמרי נהרדעי כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסיה דפלוגי, לאו מודעא היא. ואמרינן התם מודעא דמאי אי דגיטא ומתנתא, גלויי מילתא בעלמא היא, אלא דזביני וכו'. ופירש רש"י ז"ל בפירושו, דבגיטא ומתנה, כיון שאינו מקבל ממון בגט או מתנה, גלויי מילתא בעלמא הוא שהוא אנוס, שאם לא היה אנוס, מה לו לגרש או לתת ולמסור מודעא עליהם, לא יגרש ולא ימסור מודעא, דלא דמי לזביני, דהתם איכא למימר שהוא צריך למעות, ומוכר ברצון, ומוסר מודעא כדי שכשיהיו לו מעות יאמר לבטל המכר. ולזה אין מאמינים אותו שיהיה אנוס, וצריך שידעו העדים באונסו, ואי לא כתבי הכי לאו מודעא היא. זהו תורף פירושו, וכן עיקר. וא"כ, בנדון זה, שלוקח ממון בגט זה, הדר הוה ליה כזביני, ואין מודעתו כלום, כל שלא כתבו העדים במודעא, אנן ידעינן באונסיה. ובדבור זה, שאמר שהוא נותנו בכח, לא ידעו באונסו אותן העדים ששמעו דברים אלו, אדרבא, ידעו שאינו אנוס, ולכן אין דבורו כלום לבטל נתינת הגט. ולא שאני אומר שיהיה זה כזביני ממש, מפני המעות שמקבל על נתינתו, שנאמר אף אם יהיה אנוס, דאגב אונסיה וזווי גמר ומגרש. כמו שאנו אומרים כן בזביני דתלוה חובין, זביניה זביני, דאגב אונסיה וזווי גמר ומקנה. דהכא איכא טעמא אחרינא, דליכא למימר בשום פנים שיהיה מן הדין לכוף האיש לקבל מעות ושיגרש את אשתו, וכיון שאינו מן הדין, אם עשה כן הרי הוא גט מעושה שלא כדין. ועוד, דאפי' בזביני הסכימו המפרשים ז"ל, דלא אמרינן תלוה חובין, זביניה זביני, אלא כשנתנו לו כל שווי הקרקע, אבל בפחות משווי, לא. שאין לומר בשום פנים, שאם אונסין אותו למכור קרקע שוה אלף זוז בדינר, דאגב אונסיה וזווי גמר ומקנה. ואע"ג דתלוה ואקדישה,

וא"כ י"ל דלכך מהני הודאת עד אחד. וכל זה לא שייך במודעה דהטעם הוא משום דכל שלא אמרו בפני שנים הוי מילי דכדי ולא כיוון אלא להשטות, ולא משום נאמנות אתינן עלה.

וכן בשו"ת חבלים בנעימים ח"ב סי' צה הביא את דעת התורת גיטין והברית יעקב, ודחה דבריהם, וז"ל - "לא נראה כן, דמה שהביא הברית יעקב מט"ז סי' קל"ג, הנה הט"ז לא החליט הדבר רק סיים בצ"ע. והבית מאיר השיב על דבריו דמפורש בתוס' ב"ב קס"ה: (ד"ה מה התם) דעד אחד בגט בטל מדאורייתא. וכן קיי"ל בסי' ק"ל ס"כ אם נתן לה גט בעד אחד אינו גט. ושאיני קידושין דמצרפים את הודאתה שהיא לחובתה לעדות העד אחד, והוי כשני עדים. וכ"כ שו"ת רעק"א סי' רכ"ב אות י' לחלק בין גט לקידושין. א"כ הכא דליכא צירוף הודאה לא מהני בפני עד אחד. ומ"ש הברית יעקב דהכא לא הוי דבר שבערוה, הוא נגד כל הראשונים הנ"ל. ומ"ש דאלו הוי ידעינן דלא ניחא ליה לא היה הגט מועיל, תמוה דהא קיי"ל גלוי דעתא בגיטא לאו מילתא."

ויש להעיר הערה נוספת על מש"כ הברית יעקב מדעת הראב"ד ובעה"מ והש"ך, שבדברי הש"ך שהבאנו לעיל ובהם מבואר שאין חילוק בין מודעה מחאה והודאת בעל דין.

מסקנת הדברים - מפשטות לשון הגמרא והריב"ש והתשב"ץ וכן הטור והשו"ע סי' קלד, המודעה צריכה להימסר בפני שני עדים, וזהו לעיכובא. אך התורת גיטין חידש לחוש להחמיר כשם שמחמירים בעד אחד בקידושין, והברית יעקב האריך לבסס שיטה זו שמודעה בגט מועילה אף בפני עד אחד. אך כמה פוסקים חלקו על התורת גיטין והברית יעקב.

אלא שבנידון דידן יש לדון דגרע ממסירת מודעה בפני עד אחד וזאת משני טעמים. ראשית, אותו עד אחד הוא אחד מעובדי בית הדין שבית הדין סומך עליו, ודינו כשליח בית דין, ויש לדון שנאמנותו עדיפה מנאמנות של עד אחד בעלמא, יעויין בחו"מ סי' יא שרק לעניין להוציא ממון על פיו אינו נאמן, אך משמתין על פי שליח בית הדין.

אך גם אם סברא זו אינה ברורה, יש לדון שהבעל בעת שאמר דברים אלו בפני אותו אדם, לא נחית לכך שהוא כעת מבטל בפניו, אלא הבין שהביטול צריך להעשות בפני בית הדין, ובדבריו אלו הבעל בקש ממנו להעביר את הדברים בשמו לבית הדין, וממילא באמירת העד את עדותו בפני בית הדין הוא נידון כשלוחו של הבעל. אמנם בנידון דנן נוסח הדברים שהבעל אמר בפני אותו עד "תגיד להם" וכו', אינו מתפרש כביטול בפני העד, אלא כבקשה מאותו אדם השומע את שדבריו שיעביר את דבריו לחברי בית הדין היושבים בחדר הסמוך. וכשם שמצינו בריש פרק השולח שהבעל יכול למנות שליח לביטול שליח להולכת הגט, נראה שיוכל למנות שליח למסירת המודעה. ובכך מודעתו נמסרה בפני שני הדיינים ששמעו את דברי אותו שליח. אמנם לעת עתה לא מצאתי בגמ' ובפוסקים מפורש דין מסירת מודעה על ידי

בלא עדים. וה"ה בעד אחד לדעת הפוסקים, ולא מתורת נאמנות נגעו בה דלא מהמנינן להו. אלא דלא הוי קיום המעשה בלא עדים, אע"ג דהדבר אמת שקדשה. אבל לבטל הגט במודעה דאי הוי ידעינן דבלבי" לא ניחא לי' בגט זה, לא היה מהני הגט. ורק מתורת נאמנות בעינן שני עדים, דלא מהימן הבעל בזה רק אם מסר מודעה בפני שני עדים דאז ידעינן דלא ניחא לי' בגט זה. א"כ אפשר אפילו עד אחד במודעה מהני ומדימין בזה."

ובסוף דבריו כתב הברית יעקב - "עולה לנו מכל מש"כ, דיש מקום לומר דע"א במודעה מהני. והא דאיתא בב"ב (דף מ') מודעה בפני שנים ואין צ"ל כתובו. י"ל דלאו דוקא שנים, דה"ה בפני עד אחד מהני, רק משום דאין צריך לומר כתובו, נקט בפני שנים, כמ"ש התוס' והרא"ש שם דהא דאמרינן התם קנין בפני שנים וא"צ לומר כתובו, דאפילו בינו לבין עצמו מהני קנין, אלא משום דבעי למימר א"צ לומר כתובו ע"ש. ה"נ י"ל במודעה. ועוד י"ל דהתם בב"ב אמרינן מודעה בפני שנים דמייירי גבי ממון, ובממון ע"א אינו קם להוציא מיד המוחזק, על כן אין מבטלין קנין ברור מפני הספק כמ"ש הט"ז בחו"מ (סי' ק'), ה"נ אינו נאמן ע"א במודעה לבטל המכירה משום דאיכא למימר דאמר בדדמי או משקר. אבל בגט דאיסורא, וכבר איתחזק איסורא אמרינן דאינו יוצא מחזקת איסור קמא עד שיהא היתר ברור, על כן עד אחד מהימן בגט במודעה"

ובסי' נח הביא הברית יעקב מה שנחלק עליו רב אחד שסבר שכל שלא נמסרה המודעה בפני שנים אינם אלא דברי גזום ופטומי מילי בעלמא ודברי השטאה הן, וכדין מחאה המבואר בחו"מ סי' קמו ס"ב ובסמ"ע. אך הברית יעקב חלק עליו, וכתב - "לענ"ד דבריו אינן נראין, דהא אנן קיי"ל בחו"מ (סי' פ"א ס"י) דהודאה בפני עד אחד אם אמר אתה עד מהני. ולא אמרינן כיון דלא הודה בפני שנים הוי מילי דהשטאה. א"כ ה"ה במודעה דלא בעינן אתם עדי מהני בפני עד אחד ... ואפילו לדעת הראב"ד ובעל המאור והש"ך דהודאה בפני עד אחד אפילו אמר אתה עד לא מהני עד שיאמר לפני שני אתם עדי. יש לומר במודעה מהני ... אם מסר מודעה בפני עד אחד דמהני ולא אמרינן מילי דכדי נינהו ודברי השטאה הוי. ולא דמי למחאה דבעינן דוקא בפני שנים, דהתם המערער רוצה למחות, דירא שיחזיק המחזיק בגולנותא ויכפור ויאמר שלקוח הוא בידו, א"כ מאי מועיל שיעשה מחאה בפני עד אחד, דאכתי יכול המחזיק לגזול ולכפור העד שלא מיחה כלל בפניו, על כן מחוייב למחות בפני שנים דוקא, כדי שלא יוכל המחזיק לכפור ולומר שלא מיחה."

אך בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' לו סק"ו דחה סברת התורת גיטין, וכתב לחלק בין מסירת מודעה לקידושין, וז"ל - "שאני קידושין דילפינן קיחה קיחה משדה עפרון, וכמו בדבר שבממון הא דבעינן שני עדים אינו אלא לברר האמת, דלא איברו סהדי אלא לשקרי, כמו כן י"ל גבי קידושין ...

זו, וקרובה היא אל הדעת, ולא מצאתי בפירוש לאחד מן הפוסקים ז"ל שאמר בהפך מזה. וכיון שכן כדאי הם אותם חכמים ז"ל לסמוך עליהם. וזה יותר קרוב לסמוך בו היתר אשה זו בביטול מודעה זו מכל מה שכתבתי."

וכן בשו"ת זכרון יהודה סימן עג, בתשובת רבינו חסדאי, כתב כסברא זו. וז"ל - "פרשב"ם ז"ל גילוי מלתא בעלמא הוא כלומר הרבה בני אדם יוכלו לידע אונסו דכיון דאינו מקבל ממון בגט זה ובמתנה שנתן אם איתא דניחא ליה ליתנה מדעתו למה ליה למסור מודעה עכ"ל. מכלל דכל שמקבל ממון על כך אין מסירת מודעי ראייה על אונסו כל שלא נתברר ממקום אחר, אדרבה אמרינן שחפץ הוא בנתינת הגט מחמת הממון שנתנו לו, אלא שמסר המודעה כדי שיתנו ויחזרו ויתנו. ובודאי שהענין מוכרע מעצמו דליכא האי פירושא אחריןא בין מוכר לגט ומתנה אלא דבמכר כל שלא נתברר אונסו אנו תולין שמרוצה הוא בכך משום זוזי דצריכי ליה, אלא שרוצה למסור מודעה כדי שכל שזידמנו לו מעות יבטל המכר. ובגט ובמתנה דלא מקבל זוזי ודאי קושטא קאמר דאניס. דמאי לימא בו כיון דלא מקבל זוזי, היילכך בנידון זה שקיבל ממון בעל הגט אין מסירת מודעתו ראייה על האונס כל שלא נתברר אונסו ממקום אחר."

אך רבינו יעקב בעל הטורים ורבינו יהודה, בניו של הרא"ש, חלקו בזה וכתבו - "אפילו אם קבל מעות בגט מקרובי האשה אינו דומה למעות שמקבל במכר. כי במכר עיקר מכירתו הוא בשביל המעות, כי אין אדם מוכר דבר אלא בשביל חפצו למעות ולא בשביל סיבה אחרת ... אבל בגט אפילו אם יתנו לו מעות דבר ידוע שאינו סיבת הגט. שאם היה ביניהם אהבה ושלוש כמו שראוי להיות בין איש לאשתו אפילו יתנו לו כל הון ביתו באהבה בוז יבוזו להם. אלא מחמת קטטה שביניהם או שנאה ששונאתו גורמות הגרושין. והמעות אינן אלא טפלים לדברים אחרים הגורמין לגט. היילכך לא דמי למעות המכר דנימא גמר ומקנה. משום הכי פריך גילוי מילתא בעלמא הוא שהוא אנוס כיון שמוסר מודעה. דכיון דאינו מקבל ממון בגט, ר"ל כמו במכר, כי אין קבלת ממון של הגט דומה לקבלת ממון של מכר, וגם במכר נמי אם אנסוהו למכור חפץ בפחות משוויו אין מכירתו מכירה."

ובמשנה למלך בהלכות גירושין פ"ו הי"ט הביא את דברי הריב"ש הנזכרים, וכתב על זה - "ודע שכל זה הוא למ"ד שאם הוא משקר באונסו דאין המודעה מודעה, אך למ"ד דאף אם ידענו שאין כאן אונס אפ"ה המודעה מודעה וכמ"ש הרב סברא זו בס"ס רל"ב, פשיטא דאף שקבל מעות בגירושין, מ"מ המודעה קיימת ואצ"ל הכרנו באונסו, לפי שאף שמשקר מהני, וכל זה הוא פשוט בעיני ודוק."

ועיין בב"ש סי' קלד ס"ק יד שכתב כסברת הריב"ש. וע"ע בספר קובץ שעורים עמ"ס בבא בתרא סי' קסח. ומש"כ בזה בתשב"ץ ח"ד חוט המשולש הטור השלישי סי' לה (ד"ה עוד טעם אחר), דבריו בנקודה זו אינן מחוורין, למעיין בדבריו.

שליח, אך בפשוטו נראה שלא גרע משליח לביטול שליח להולכה, ומפשטות הסוגיא בריש פרק השולח לא מצינו דצריך למנותו בפני שנים.

ולפי זה נפל ההיתר מצד שהמודעה נמסרה רק בפני עד אחד.

שנית, מבואר בריב"ש שנוסח מסירת המודעה צ"ל בלשון של מסירת דברים כגון שיאמר דעו לכם וכו'. כמשמעות לשון "מסירת מודעה" ולא נאמר "אמירת מודעה", וכן מוכח מהראשונים שנקטו בלשון זו שמוסר דבריו לעדים. וכן הובא בב"י סי' קלד, וכן בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' כב הובאו דברי התשב"ץ הנזכרים ללא חולק. ועיין בסי' הקודם סי' עח שהבאנו את השיטות בהלכה זו ואין צורך לכפול הדברים.

העולה מדברינו

לדעת הריב"ש, לא מיבעיא שיש הכרח שיאמר דבריו ישירות לעדים, אלא יתירה מזו, אין דבריו נידונים כמודעה כל עוד הדברים לא נאמרו בנוסח מתאים של מסירת דברים לעדים, כגון שיאמר להם, דעו' או, אתם עדי' וכיוצ"ב.

המאירי כתב שיש הכרח שדבריו ימסרו ישירות לעדים, אך לא הזכיר שיש צורך בנוסח מסויים ודלא כריב"ש. וכן העלנו בדעת התשב"ץ. ויש שכתבו בפשיטות שאף אם הבעל לא דיבר ישירות לעדים, אלא דיבר אל קרובו והעדים שמעו דבריו, שיש בדבריו משום מסירת מודעה.

שלישית, בנידון שלפנינו, במסגרת הסכם הגירושין האשה התחייבה לפרנס את ילדיו במקומו, מלבד סכום קטן שהוא התחייב לשלם, הרי שבנידון שלפנינו יש כאן גירושין שבהם הבעל קבל התחייבות המועילה לתשלום סכום גדול של מעות, ובכ"ה"ג סובר הריב"ש שבלא שהעדים ידעו באונסו אין כאן מסירת מודעה.

וכן התשב"ץ בח"א סי' א' כתב באותו נידון כסברת הריב"ש, וז"ל - "אבל ראיתי שבעלי סברא זו מתחזקים בה שמצאנו בנימוקי הראשונים ז"ל שבגט שיש בו פדיון. כמו הנדון הזה שנתפשו בגירושין אלו ע"י ממון שהשלישו ביד נאמן שיתנו לבעל כדי שיגרש, דדמי לזביני ולא הוא מודעה עד דידעינן לאנסייה. וכן מוכח לשון הרשב"ם ז"ל בפרק חזקת (מ' ע"ב) אי בגט ובמתנה גלויי מילתא בעלמא כלומר הרבה בני אדם יכולין לידע אונסו כיון שאינו מקבל ממון בגט זה ובמתנה שנותן, אי איתא דניחא ליה יתנם מדעתו ולמה ליה למימסר מודעה ע"כ. אבל בנדון הזה שהוא מקבל ממון ליכא האי טעמא וצריכין למידע אונסייה. וכיון שבכאן לא היה אונס ... לאו מודעיה מודעה. שאפילו היה שם אונס ולא ידעי ליה סהדי לא הוא מודעה. כ"ש אי סהדי ידעי דהאי אונסא לאו אונס הוא כמו הכא דלא הוא מודעה כלל, ואפילו בטול אינה צריכה. דכ"ה"ג בזבינא לא הוא מודעה כדאיתא בפרק חזקת (מ' ע"ב) וכיון דגטא כל היכא דאיכא זוזי דמיא לזביני א"כ בטלה מודעה מאליה. ואלו הדברים ברורים ונכונים לפי סברא

לסיכום

ביטול שליח להולכה צריך להיות בפני שני עדים, ובלא"ה אינו מועיל. ויש מהאחרונים שכתבו שה"ה בביטול הגט, כן דעת האור שמח העונג יו"ט התפארת יעקב החבלים בנעימים והחדושים ובאורים. לדעת התורת גיטין מעיקר הדין אין לחוש לביטול זה, אך בביטול בפני עד אחד יש להחמיר כשם דמחמירים במקדש בפני ע"א, והאור שמח חולק בזה וכתב שבמקום שהאשה אינה יודעת אין להחמיר כשם דבכה"ג אין מחמירים בקידושין.

לעומת זאת כמה אחרונים כתבו להחמיר בביטול בפני עד אחד, כן מסקנת האור גדול לאחר שדן לפי כל אחת משיטות הראשונים שבארו הטעם דביטול שליח הולכה בפני ע"א לא מהני. וכן מסקנת המשכנות יעקב, וכ"כ כמה אחרונים בשיטת הרמב"ם, המעשה רקח המכתב מאליהו הב"ח ובספר תשובות הרא"ם.

בנידון שלפנינו שהבעל אמר לפקיד שימסור לבית הדין את הדברים שנאמרו לו, והבעל ידע שהפקיד אמנם עשה כן, הרי שסברת המשכנות יעקב קיימת דבכה"ג שהבעל בקש שאותו אדם ימסור דבריו לבית הדין המסדר את הגט, אין מקום לתקנת עגונות או לתקנת ממזרים, ובכה"ג לא אמרו להפקיע את הקידושין. וגם האור שמח שהקל בביטול בפני עד אחד לא יקל בכה"ג שבית הדין יודע מכל העניין, ומונע את האשה מלהנשא כל עוד לא ינתן גט כראוי, וע"ע מש"כ להלן בנקודה זו.

ומלבד זאת, אם נדון במקרה זה את העד כשלוחו של הבעל למסירת דבריו בפני בית הדין, וכפי שצידדנו לעיל מכח נוסח דבריו של הבעל שאמר "תגיד להם" וכו' הרי שגם לולי סברת המשכנות יעקב, יש כאן ביטול בפני שני עדים.

שיטת ספר התרומה שאין מועיל ביטול לגופו של גט שלא בפני הסופר והעדים. דעת ספר התרומה הובאה בסמ"ג במרדכי בהגהות מיימוניות ובשלטי הגבורים. הרמב"ם אינו סובר כדעת ספר התרומה, ובשו"ת ברכת רצ"ה העלה שאין להסתמך להקל כשיטת ספר התרומה אף במקום דחק ועיגון, לעומת זאת מסקנת הדברי חיים להקל במקום עיגון.

לשיטת ספר התרומה אף שהגט לא התבטל, מ"מ יש צורך בביטול מודעות לפני המסירה. אך אם ביטל הגט בפני הסופר ועדי הגט בטל ולא מועיל ביטול מודעות לפני המסירה.

בנידון דידן שהבעל בקש מהפקיד להעביר את דבריו לבית הדין המסדר את הגט, יש לדון דדינו כמבטל בפני בית הדין המסדר את הגט, ואם ביטל בפני בית הדין המסדר את הגט, מסתבר שלדעת ספר התרומה דינו כמבטל בפני הסופר והעדים, מאחר שהם פועלים על פי הוראות בית הדין.

מסקנת הדברים, שבנידון דידן אין היתר מרווח להקל להשיאה לכתחילה בגט זה.

ראשית לדעת הרבה פוסקים יש בדבריו אלו של הבעל משום מסירת מודעה ומאחר שהמודעה נמסרה באמצע

העולה מדברינו - הבאנו שלשה טעמים המבוארים בריב"ש ובתשב"ץ שלא לדון את דברי הבעל בגדר מסירת מודעה, ומה שיש לדון בכל אחד מהטעמים. מסקנת הדברים היא שלמעשה בכל אחת משלושת הסברות ישנן ספקות מחמת פלוגתות ראשונים ופוסקים אחרונים, ואין להקל בנידון דידן שהאשה בחזקת אשת איש.

היה מקום לומר שאף אם הבעל מסר מודעה המועילה, עכ"פ בנידון שלפנינו, בטרם מסירת הגט הבעל חזר וביטל מודעות, ובכה"ג אף אילו היתה כאן מסירת מודעה הרי חזר וביטלה, וכמו שכתב הריב"ש בנידון שלו. ומאחר שאנן סהדי שהבעל אינו אנוס בגירושינו, מהני ביטול המודעות, והגט כשר.

אמנם ביטול המודעות לא נעשה מיד לאחר שנאמרו דברי הבעל, ולכאורה אם ההיתר נובע מצד הביטול מודעות, היה צורך שהביטול יעשה מיד. אך עכ"פ בכה"ג שהדברים נאמרו לאחר הציווי לסופר ולעדים, ושלא בפניהם סגי בביטול מודעות בטרם מסירת הגט, וכמבואר בספר מנחת פתים על אה"ע סי' קלד, וז"ל - "וכשאמר כן שלא בפני הסופר, בפני עדים, אין בזה ביטול שליחות, רק אנו דנין אותו כמסירת מודעה על נתינת הגט, וצריך לבטל מודעה לפני נתינה, וכן הדין באמצע הכתיבה".

אלא שדבריו מיוסדים על שיטת ספר התרומה, ולעיל סי' עד הארכנו בעז"ה בבירור שיטת ספר התרומה.

אך לכאורה, גם בלא להסתמך סברת המנחת פתים המיוסדת על שיטת ספר התרומה, מאחר ויסוד הדין של מסירת מודעה הוא - ביטול מעשה שהוא בעצמו יעשה בעתיד, ובהלכה זו של מסירת מודעה התחדש שלא להתחשב באותו מעשה שיעשה בעתיד, אלא רק בדבריו הראשונים שאמר בעת שמסר את המודעה. לפי זה מאחר שעד לרגע מסירת הגט הבעל לא עשה דבר, אלא רק ישב בטל ולא עשה מעשה הקשור לסידור הגט, הרי שלא היה מה שיבוטל.

אך לפי המבואר בספר מכתב מאליהו (שער ז' סי' טז), אם הבעל מסר מודעה בטרם מסירת הגט, ורק לאחר שהסופר סיים לכתוב את הגט נעשה ביטול המודעות, הגט בטל, מאחר שבעת כתיבת הגט הוא כבר בטל מכח המודעה הקובעת שהגט נכתב באונסו, ואינו חוזר וניעור לחזור לכשרותו לאחר שתבוטל המודעה, ובסי' הקודם (סי' עח) הארכנו בדינו של המכתב מאליהו. ושאני הדין שבתשובת הריב"ש שהבעל מסר את המודעה רק לאחר סיום כתיבת הגט, ולכן בנידון הריב"ש הועיל ביטול המודעה.

בהמשך פסק הדין הבאנו באריכות את שיטות הפוסקים בשאלת הדיבור שבכוחו להביא לביטול הגט, ובספרנו זה הדברים הובאו בנפרד עיני לעיל סי' עד, ואין מקום לכפול הדברים.

ולהלן חלקו האחרון של פסק הדין.

בספר עונג יו"ט סי' קסז כתב - "מבואר באחרונים ז"ל דאם הגט הראשון פסול יש לכופו ליתן גט אחר ... דלאו כל כמיניה לעגנה שתהיה מגורשת ואינה מגורשת". ובשו"ת עין יצחק ח"ב סי' יט ס"ק מה כתב - "והנה זה ברור דהיכא דהבעל גירשה בגט פסול יכולין לכופו שיגרשה בגט אחר כשר, כמבואר בירושלמי פ"א דגיטין ה"א בזה"ל נתן לה גיטה אשכחוני' גט בפסול כפוני' ויהיב לה חורן אתי עובדי' קמי' דרבנן ואכשרון משום דנקרא גט מעושה כדין ע"ש. וכן הוא באה"ע סי' קנ"ד סעיף כ"א ברמ"א בקצרה ולא כתבו שם מקור לזה. ובעז"ה שמצאתי מקור לזה מהירושלמי הנ"ל".

ובספר כוכב מיעקב ח"א סי' מד כתב - "היינו טעמא דכופין אותו לגרש ביצא לעז על הגט, דהנה מבואר בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' אלף רל"ו) מובא ברמ"א סי' קנ"ד ס"ז דאם קידש אשה שאינה מסורה לביאה כופין אותו לגרש כיון דאינו ראוי לדור עמה ולבוא עליה. ולפ"ז י"ל דהיינו טעמא ביצא לעז על הגט שכופין אותו לגרש כיון דמן התורה היא מגורשת הוי בעילתו בעילת זנות, משום הכי כופין אותו לגרש שנית דהוי כמו קידש אשה קידושין שאינן מסורין לביאה שכופין אותו לגרש", עכ"ל. ולסברא זו אין חילוק בין ספק גירושין ובין גירושין גמורין שיצא עליהם לעז.

על כן גם בנידון דידן, מאחר ויש עיקולי ופשוטי בגט זה, האשה בחזקת אשת איש אך עכ"פ דינה כספק מגורשת, מאחר שלכמה דעות בראשונים אין מודעא ללא אונס או ללא שנאמרה בדרך מסירת מודעא, וגם עיקר דין ביטול גופו של גט תלוי באשלי רברבי, ויש אומרים דבלא נוסח ברור לביטול הגט אינו מבוטל, נראה שדינה כספק מגורשת, על כן יש מקום לדון שמכיון שכעת כבר אינה רשאית לדור עמו מפני היותה ספק אשתו בלבד, נוכל לכפות את הבעל לתת גט אחר כדי שלא לעגנה. וכל עוד אינו מגרשה יש לדון לחייבו במזונותיה כדין ספק מגורשת.

סוף דבר, לאחר שני דיונים נוספים הבעל נאות לתת גט נוסף, ולאחר שהובהר לו שמאחר והאשה ספק מגורשת, יהיה מקום לדון בשאלת חיובו במזונות וכפיית הגירושין.

כתיבת הגט, יש לחוש שלא יועיל מה שביטל את המודעא לאחר סיום כתיבת הגט, והיינו על פי דרכו של המכתב מאליהו.

שנית, מאחר ולדעת ה"ר עזרא הנביא הגט בטל כשביטלו באמצע כתיבתו, ולדעת הרבה פוסקים היינו אף כשרק נמלך מלגרש ועדיין לא ביטל בפירוש את הגט עצמו, וק"ו אם נדון דבריו כמסירת מודעא.

שלישית, דינו של ספר התרומה אינו היתר מרווח בנידון דידן, וכמו שהתבאר בדברינו, ועל כן השאלה שבפנינו תלויה בשאלת ביטול גט בפני עד אחד, וכפי שהתבאר אין הכרעה ברורה במחלוקת זו, אלא שיש לצרף לדעת המקילים בביטול בפני עד אחד, את הסוברים דבעינן לשון ברורה של ביטול הגט, וכן את הסברא שבנידון דידן מוכח שכוונתו רק לטעון על אונס בגירושין ולא ביטול גופו של גט, וכמו שהבאנו בשם האור גדול. ולעיל כתבנו מה שיש לפקפק בסברא זו. ובסיכומי של דבר נראה שמאחר שהאשה בחזקת אשת איש, לא ניתן להתירה בגט זה ודינה כספק מגורשת.

והנה ברמ"א סי' קנד סעיף כא פסק - "מי שגירש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעז על הגט, מותר לכופו לתת גט אחר". ואמנם בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' ס' סבר שדינו של הרמ"א נאמר דוקא כשהגט מדינא כשר אלא שיצא עליו לעז, משא"כ כשהוא נפסל בפסול גמור. וכן בספר אור שמח הלכות אישות פרק ז' הלכה כג כתב - "בשו"ע הלכות גיטין (א"ע סימן קנ"ד סעיף כא) כתב מי שגרש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעז על הגט מותר לכופו לתת גט אחר, ויש מקור לזה מדברי ירושלמי (פ"ק דגיטין הלכה א') נתן לה גיטה, אשכחניה בפסול, כפוניה ויהיב לה חורין כו', וזה מורה דכופין לתת גט אחר, ועיין במפרש שם שפירש שיש לומר דכהן היה והיה אסור לישא אותה יעו"ש. אולם גם בשו"ע לא נזכר רק בשהגט כשר, אך קצת לעז איכא, אבל בספק גט צ"ע אם רשאים לכוף אותו לתת גט אחר, ואולי הוי גט מעושה", עכ"ל.

אך דבריהם אינם מוסכמים.

סימן פ

"הרחקות דרבינו תם" לרבות שלילת רשיון נהיגה ביחס לבעל אשתו טוענת "מאיס עלי" ובית הדין לא פסק כפיה או חיוב לגרש

תשרי תשנ"ח

במקרים אחרים שבהם בית הדין אינו פוסק לכפות או לחייב את הבעל במתן גט.

מאמר זה יחולק לשלשה חלקים.

א. נביא את תשובת רבינו תם שהתיר לנקוט "הרחקות" מהבעל, ויבואר אם תשובה זו נפסקה להלכה.

לפני מספר שנים נחקק בכנסת חוק המאפשר לבתי הדין להורות על צווי הגבלה כנגד בעל שאינו מסכים לתת גט, ובכללן שלילת רשיון נהיגה.

יש מקום לדון האם ניתן לנקוט באמצעי זה במקרה שהאשה טוענת "מאיס עלי" באמתלא המתקבלת, או

לאחרונה מכון ירושלים הוציא לאור מהדורה חדשה של ספר "זכרון יהודה" (לרבי יהודה בן הרא"ש), ובה תשובות חדשות שרואות אור לראשונה. בסי' קי מובאת תשובת רבינו פרץ מכת"י, שבה פסק שלא לכפות גירושין במורדת, בין מורדת האומרת מאיס עלי ובין האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. ואף פסק שלא להחרימו ולא לנדונו. ובסיוס התשובה כתב - "אך כל רבותינו שוין בדבר, שיגזרו בכל חומרא על כל איש ואשה מזרע ישראל שלא יהא רשאי לדבר עמו ולישא וליתן עמו".

הרי בפני תשובה של אחד מגדולי הראשונים שהסכים עם ר"ת ואף קבע שכל רבותינו שוין בדבר זה. וכמ"ש מהריב"ל שאין חולק על ר"ת.

שיטת ר"ת טעונה ביאור. ההנחה הפשוטה היא שאין מקום לפסוק להתרחק מהבעל אלא במקום שקיימת מצוה לגרש, ואז נוהגים בהרחקות אלו עד שיקיים מצוה זו. ועל פי הנחה זו עלינו לקבוע ששיטת ר"ת היא שבאשה האומרת מאיס עלי, אמנם אין מחייבים את הבעל לגרש, אך עכ"פ מוטלת עליו מצוה לגרשה.

אך אם נאמר כן, תתעורר סתירה בדעת ר"ת. השטמ"ק הביא את שיטת ר"ת ממנה עולה שאין מצוה על הבעל לגרש באומרת מאיס עלי. בשיטה מקובצת עמ"ס כתובות דף סד. כתב - "כתב רבינו יונה ז"ל וז"ל דאף על גב דאין כופין לתת גט באומרת מאיס עלי, היינו כפייה בשוטים, אבל ב"ד מודיעים לו שמצוה עליו לגרשה ונותנין לו עצה שיגרשנה, ואם לא יגרשנה האי מאי דאמרין האי מאן דעבר אדרבנן מצוה למקרייה עבריינא. ורבינו תם ז"ל היה אומר שאפילו זה לא נאמר לו אלא שאם יבוא לימלך אם יגרשנה בלא כתובה, ב"ד נותנין לו עצה שיגרשנה לאלתר. כן כתבו תלמידי רבינו יונה".

הרי לשיטת רבינו יונה בית הדין מודיעים לו שמצוה עליו לגרשה, ואילו לרבינו תם אם יבוא לימלך אם יגרשנה בלא כתובה, ב"ד נותנין לו עצה שיגרשנה לאלתר, אך אין אפילו מצוה לגרש. שהרי מבואר בדבריו שבית הדין מצידו אינו יוזם להודיע לבעל שמצוה עליו לגרשה, כשיטת רבינו יונה. אלא רק "אם יבוא לימלך", נותנים לו עצה לגרש. ואם ר"ת היה סובר שב"מאיס עלי" יש עליו מצוה לגרש, מדוע ביה"ד ממתנינים עד שהבעל יחפוץ לבוא לשאול ולהימלך, ומוטל עליהם להודיעו על מצוה זו אף כשאינו שואל בעצתם.

וכן הובאה שיטת ר"ת בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף סג: (מובא בשטמ"ק), וז"ל - "ור"ת פי' ... אבל אמרה מאיס עלי לא כייפינן לה, כיון שאומרת איני רוצה בו ולא בכתובתו ובלבד שיגרשני, אם בא לימלך עמנו ניתן לו עצה שיגרשנה ויפטרנה מיד בלא איחור, ולא כופין לה להיות עגונה. ומר זוטרא אמר כייפינן לה שניתן לו עצה שלא יגרשנה עד שיפחות כל כתובתה".

יתכן לומר בשיטת רבינו יונה, שלא מצא לנכון להבחין בין חיוב לגרש או מצוה לגרש. אלא חיוב לגרש, ומצוה

ב. ביאור דינו של ר"ת.

ג. האם שלילת רשיון הנהיגה היא בכלל הרחקה דר"ת או חמורה מהרחקה.

פרק א'

שיטת ר"ת בדין אומרת מאיס עלי

המקור הראשון להרחקות מבעל המסרב לגרש, נמצא בתשובת ר"ת שבספר הישר (חלק התשובות סי' כד). בתשובה זו ר"ת השיב אודות אשה האומרת "מאיס עלי". ר"ת קבע שלא ניתן לכפות גט במורדת האומרת מאיס עלי, ודחה בתוקף את שיטת הסוברים שיש לכפות גט. מאידך, בסיוס התשובה ר"ת התיר לנקוט כנגדו הרחקות. להלן קטעים מתשובת ר"ת.

בדבריו לשלול כפייה כתב ר"ת, וז"ל - "על זה ידו כל הדווים, איך יטעה חכם לומר שכופין הבעל לגרש באמירת מאוס עלי, הלא בהשמים ביני לבינך ובנטולה אני מן היהודים חזרו לומר שמא עיניה נתנה באחר, ועוד אמרינן שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה ביד גוי ומפקעת עצמה מיד בעלה בחנם, תתלה בעכו"ם אם מורדת. ועוד דא"כ מצינו חוטא נשכר. ובלא שום פירכא בעולם, כפייה לבעל לא אשכחן בכולא שמעתא עכ"ל.

בהמשך דבריו כתב ר"ת שאין משמתין אותו דחמירא שמתא מנגידא. ומבואר מדברי ר"ת שאם כפו לגרש באומרת מאיס עלי, הגט פסול מהתורה.

ולמרות זאת בסיוס התשובה כתב ר"ת -

"אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו".

תשובה זו של רבינו תם הובאה במהרי"ק (שרשים כט, קב וקלה). וכן הבי' בסי' קלד הביא את תשובת מהרי"ק סי' קב בשם ר"ת, וכן הלבוש בסי' קלד סי' הביאו להלכה.

חשוב לציין שהן המהרי"ק והן הבי' הביאו דברי ר"ת ללא כל ערעור ופקפוק, וכן הלבוש פסק כן להלכה. ובשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' יח כתב - "איברא דרבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם ... על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם". (דעת מהריב"ל גופיה תתבאר להלן).

וכן בספר סדר אליהו (לרבי אליהו אלפאנדארי מח"ס מכתב מאלהו) סי' יג פסק להלכה שאפשר לנקוט הרחקות דר"ת באומרת מאיס עלי, (ולהלן הבאנו את עיקרי שיטתו באיזה מקרה יש לנהוג כן).

מנת לאלצו לקיים מצוה זו, אלא נוקטים בהרחקות בלבד, ונמנעים מלהיטיב עמו. על כן אין אנו קוראים לו עברייך, מאחר וקריאת עבריינא היינו כפיה במילי, ובמאס עלי, לשיטת ר"ת, בכל גוונא אין כופין במילי. ויעויין בשו"ת צל הכסף (לג"ר אברהם גאטינו ז"ל) חלק אה"ע סוף סי' יג שכתב - "אי מכריזין עליו שהוא עברייך, ומתוך הכרזה זו יחלוץ אפשר דחשיב כפיה, שהרי ר"ת לא התיר אלא הרחקה באופנים שאינם אלא מניעת הטובה, אבל לבזותו להכריז עליו שהוא עברייך אפשר דהוי קצת כפיה".

וכן מדויק מלשון ר"ת בתשובתו שבספר הישר שלא כתב הרחקה זו כהלכה פסוקה בכל אשה האומרת מאיס עלי שיש לנקוט הרחקות אלו, וז"ל ר"ת - "אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגורו באלה חמורה" וכו', דהיינו שההרחקות מותרות בכך שחכמי המקום ישקלו הדבר ויגיעו למסקנה שאכן ראוי לנהוג כן, ולפי המבואר לעיל, היינו לאחר שיתברר שהיא מעוגנת ללא תקנה, ומצוה להצילה מעגינותה זו.

נוסיף בזה כי המושג "עגונה" שאנו משתמשים בו, נאמר בש"ס ופוסקים בעיקר ביחס לאשה המעוגנת ואינה רשאית להנשא לאחר שבעלה נעדר, אך גם ביחס למקרה כזה שהאשה אינה מקבלת גט מבעלה, כשהבעל חי, ומקומו ידוע, נחשבת למעוגנת, מאחר שבמצבה הנוכחי אינו נמצאת עם בעלה. יעויין במסכת גיטין דף כו: "ואזיל ומעגן ומותיב לה". וכן במסכת גיטין דף לג. "ריש לקיש אמר מפני תקנת עגונות ... ושמעה וידעה ולא מינסבא ותקנת עגונות הוא דאיכא". ועיי"ש בתוס' ד"ה ושמעה, שכתבו - "אע"ג דבדין לא מינסבא, חשוב עיגון" וציינו לגמרא בדף כו: הנזכרת.

והדברים מפורשים בריב"ש, שהביאור בשיטת ר"ת בספר הישר לנקוט בהרחקות אלו הוא מפני שמצוה עליו לגרשה כדי שלא תשאר עגונה.

הריב"ש בסי' קכו כתב לברר דין מי שאין לו גבורות אנשים ואשתו תובעת גירושין, וכתב שם דמאחר ולא מצינו בפירוש שכופין בשוטיין לגרש, אין לכופו. הריב"ש הביא את שיטת רבינו חננאל שבאותם שנאמר בהם חיוב גט בלבד בנוסח "יוציא ויתן כתובה" בלבד, אין כופין בשוטיין לגרש, וכתב בזה הריב"ש - "כל דלא מפרש ביה כופין, אין כופין על הגט, דמספק לא שרינן אשת איש לעלמא, שהרי גט מעושה בישראל נמי פסול. אלא שכופין ליתן כתובה, כיון דמשעבד לה, ומבקשים ליתן גט, ואי לא בעי, לא משמתינן ליה, דאין לך כפיה גדולה מזו. וכ"כ ר"ת ז"ל בתשובה דליכא עליה אלא מצוה דרבנן, כדי שלא תעגן, שאומרים לו לגרש, ואי לא, עבדי רבנן הרחקה מיניה".

מבואר בדברי הריב"ש שההרחקה שקבע ר"ת יסודה במה שמוטלת עליו מצוה מדרבנן להמנע מעיגון האשה. אמנם הנידון בריב"ש, אינו במקרה של אשה הטוענת מאיס עלי, שעליה נסובו דברי ר"ת, אלא באשה הטוענת שאין לבעלה גבורות אנשים. ואכן בשו"ת מהרש"ך (חלק ב')

לגרש, היינו הך. ושיטתו היא שבמאס עלי יש חיוב גירושין, וכשיטה שהביא המאירי במסכת כתובות דף סד. - "קצת חכמי הדורות מפרשין בדבריהם, יהיב לה גיטא שחייב. אלא שמכל מקום אין כופין אותו". וכן הביא באוצר הפוסקים כרך כ' סי' עז דף קיד: בשם ספר משפטי שמואל (להרשב"ב ורנר ז"ל) מהדר"ת סי' כב אות ד'. וזה שלא כמ"ש בפד"ר ח"ב עמ' 103 בפס"ד מביה"ד ת"א בראשות הגר"ח צימבליסט שליט"א לייחס לרבינו יונה שיטה הסוברת דחיוב ליכא ומצוה איכא.

ר"ת חלק על שיטת רבינו יונה מאחר שסבר שאין חיוב או מצוה לגרש. וכדי ליישב את שיטת ר"ת בספר הישר עם שיטתו כפי שהובאה בשטמ"ק, צ"ל כדלהלן - כשהאשה טוענת טענת מאיס עלי, אמנם אין בכח טענה זו לחייב את הבעל לגרש, וה"ה שאין פוסקים שמצוה עליו לתת גט, אך מאידך אין מחייבים אותה לחזור לדור עם בעלה, וכמבואר ברמ"א אה"ע סי' עז סעיף ג'.

מאחר שיסוד שיטתו של ר"ת למנוע כפיית הגירושין היא מחשש שמא עיניה נתנה באחר, כוחו של טעם זה יפה למנוע כפייה, חיוב או הוראה שמצוה לגרשה, מדוע נחייבו או נורה לו שמצוה לגרשה כשאנו חוששים שמא עיניה נתנה באחר. אך אין מניעה לתת לבעל עצה לגרשה.

אבל לאחר שהתברר שהבעל אכן מאוס עליה, ועבר זמן והיא עומדת בדעתה, ונראה בבירור שהיא לא תחזור לבעלה, ומעדיפה להשאר מעוגנת ובלבד שלא לשוב לבעלה. והבעל מצידו עומד בסירובו לגרשה. הרי שהאשה נשארת עגונה ללא תקנה, מאחר שמצב כזה עשוי להמשך לאורך זמן ללא כל פתרון. ובנסיבות אלו סובר רבינו תם שמוטלת מצוה, הן על הבעל והן עליו, לשחררה מעגינותה, ומותר לבית הדין לנקוט באמצעים שאין בהם משום כפיה על הגט, על מנת למנוע את העיגון, ולשם כך אנו פוסקים את ההרחקות מהבעל.

ולפי זה, דברי ר"ת בשטמ"ק, שנאמרו בפירוש הסוגיא במסכת כתובות, יתפרשו כהלכה כללית בכל אשה האומרת מאיס עלי, שאם אומרת שבעלה מאוס עליה ואינה דרה עמו, הרי שבתקופה הראשונה לפירוד ביניהם עדיין אין מקום לדונה כעגונה, ועדיין אין עילה לפסוק הרחקות, אלא רק נותנים לו עצה שייגרשה.

אבל לאחר שעבר זמן ממושך ונראה שלמרות כל ההפצרות שהפצירו בה היא אינה מוכנה לחזור אל בעלה והיא מעדיפה להשאר מעוגנת, ואנו רואים שיש אמת בדבריה שבעלה אכן מאוס עליה ואינה הולכת בשרירות לבה, בכה"ג קיימת מצוה שייגרשה, כדי לשחררה מעגינותה. אין זו מצוה לגרש כפסיקה הנובעת מתביעת הגירושין ומהעילה שהוצגה בתביעה זו, אלא מחובתו למנוע מצב של עיגון לאחר שהאשה אינה מסוגלת לשוב אליו, ולחלוץ נביא מספר סדר אליהו ומספר משפטי שאול שעשו הבחנה זו. אך גם בכה"ג, אין נוקטים כל אמצעי כפיה על

אמרו כן בהדיא אין לנו רשות להכותו. אבל הרחקה זו אינה שום רדוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האיש ההוא. וכל כי האי אין לנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן, אלא אנו רשאים בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצווין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישבו מדרכו הרעה וכדי להציל הענייה העשוקה מידו. יש לצרף לדברינו אלו מה שכתבו בפסק דין מביה"ד הגדול, הודפס בספר משפטי שאול (פסקי דין של הגר"ש ישראלי ז"ל) סי' כ'.

הגר"מ אליהו שליט"א כתב שם בפסק הדין - "אף שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא".

והגר"ש ישראלי ז"ל כתב - "גם לפי פסק ההלכה שבמאוס עלי שאין כופין את הבעל לגרשה, אין זה אלא שאין בכח תביעת האשה לכופו להוציא. אך מ"מ נראה שיש על הבעל חיוב לגרש מטעמים אחרים. א. כיון שאין כופין האשה להיות אצלו נמצא שהוא שרוי בלי אשה שהוא איסור מצד עצמו (א"ע סי' א' ס"ד) בזה"ז שמצד חדר"ג (או שבועה - כמנהג עדות ספרד) אינו יכול לשאת אשה אחרת בטרם גרש את זאת, ובפרט אם עדיין לא קיים פו"ר. נמצא שמטעם זה חייב הוא להוציא. ב. מאחר שממילא האשה אינה אצלו, הרי זו מדת סדום שמעגן את האשה הזו, שאין לטפול עליה אשמה בהיותו מאוס עליה, ואם אמנם אין עושין מעשה להוציא מאדם את שלו, גם כשיש בזה מידת סדום, כדמוכח בתוס' ב"ק (דף כ: ד"ה הא איתהנית) מ"מ מידי חיוב לא יצא. ואם עושה זאת מחמת נקמנות הרי הוא עובר באיסור תורה של לא תיקום (רמב"ם ה' דעות פ"ז ה"ז). ולפי"ז הא דפוסק הרמ"א שאין כופין אותו לגרש זהו רק לענין דין כפיה. משא"כ חיוב לגרש כל שהבעל עצמו יודע שלא תשוב אליו ואינו עושה זאת אלא במטרת נקמה או סחיטת כספים, ודאי יש כאן, והבעל עובר על איסור תורה אם אינו מגרשה. ומדוקדקים איפוא דברי הרמ"א, ואין סתירה בדבריו בין מש"כ באה"ע סי' ע"ז לבין מש"כ ביר"ד סי' רכ"ח".

לפי דרכנו יתבארו היטב דברי הלבוש בסי' קלד ס"ד שפסק להלכה הרחקות דר"ת, גם במקרים נוספים מלבד מאוס עלי, וכתב בלשון זו - "אם רואים בית דין לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאוס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מ"מ יכולים בית הדין להטיל חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו" וכו'.

ולפי האמור אתי שפיר, דהרחקות אלו אינן הלכה מיוחדת במאוס עלי, אלא בכל מקרה בו האשה מעוגנת.

סימן קס ד"ה ועוד שהרי), העיר על הריב"ש, שתשובת ר"ת עוסקת בנידון אחר מהנידון בתשובת הריב"ש. וז"ל מהרש"ך - "גם מה שהביא ראייה מדברי ר"ת שכתב בתשובה דליכא עליה אלא מצוה דרבנן שלא תעגן, ואי לא עבדי רבנן הרחקה מיניה כו', ר"ת לא כתב כן בנדון דידן, אלא בנדון דידיה".

אך נראה לומר דודאי הריב"ש בדבריו הנ"ל מתייחס לתשובת ר"ת בספר הישר סי' כד, שהרי לא מצינו תשובה של ר"ת הקובעת הרחקות ביחס לאותם שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, אלא מצינו רק תשובה אחת הקובעת הרחקות, והיא התשובה הנ"ל בספר הישר, במקרה של אשה האומרת מאוס עלי, וכן מבואר בתשובת מהרי"ק שרש כט שהמקור היחיד בדברי ר"ת שיש מקום להרחקות הוא בתשובה הנ"ל שבספר הישר. ולפי זה, ע"כ צ"ל דכוונת הריב"ש ללמד בק"ו מדברי ר"ת לנידון דידיה דחמיר טפי. ודברי הריב"ש יתפרשו כדלהלן, אם באומרת מאוס עלי שאין פוסקים שהבעל חייב לגרש, כתב ר"ת שאפשר לעשות הרחקות כנגדו, והיינו משום המצוה המוטלת עליו שלא לעגנה, ק"ו באותם מקרים שפוסקים עליו שחייב לגרשה שיש מקום להרחקות אלו כדי שלא יעגנה.

לפי המבואר לעיל, באומרת מאוס עלי אין נוקטים הרחקות אלו אלא לאחר שיקול דעת מיוחד של בית הדין שנוכח לדעת שהיא מעוגנת. אך היינו דוקא באומרת מאוס עלי שהבעל אינו חייב לגרשה, אך גם האשה אינה חייבת לחזור ולדור עמו, ככה"ג יש צורך בהמתנה ובשיקול דעת מיוחד. אבל באותם מקרים שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה" ועל פי דין מחייבים את הבעל בגירושו, מאחר וכבר פסקו שהבעל חייב לגרש והדין עמה במה שאינה רוצה לדור עמו, אין מקום לשיקול דעת נוסף, מאחר והדין עמה, מסתמא לא תחזור אליו, ולא לתר היא נידונת כמעוגנת. וזהו הביאור בדברי הריב"ש, שתלה העניין במה שהיא מעוגנת.

אך יש להוסיף, שגם בלא טעם של עיגון יש מקום להרחקות אלו, והיינו מפני דעסקינן באלו שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה" והבעל אינו מציית לחובתו לגרש, זו עילה מספיקה לנקיטת ההרחקות, וכמבואר בביאור הגר"א סי' קנד ס"ק סז שבאר את דברי הרמ"א שפסק הרחקות באותם שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, וכתב הגר"א - "וכל זה עושין לו שעבר על דברי חכמים", וכ"כ בשו"ת ושב הכהן סי' נה, ולהלן נביא את מדבריו. (ולדברינו אלה אין מקום למש"כ בפד"ר חיי"ב עמ' 338 בביאור שיטת ר"ת ותשובת הריב"ש, עיי"ש שעפ"י דרכם הסתבכו בביאור שיטת ר"ת).

וכן כתב בשו"ת סדר אליהו סי' יג, שהבטיס להרחקות דר"ת הוא מניעת עיגון האשה. וז"ל - "אסר ר"ת הנידוי והתיר ההרחקה מהטעם המפורש בדברי ר"ת ז"ל עצמו דהנידוי הוי רדוי בגוף הבעל עצמו כמו שבט מכה, עשה דבר זה ואם לא שבט יכך, וכל כי האי אין בידנו לעשות כי אם במקום שאמרו חכמים ז"ל בהדיא כופין אותו. ובמקום שלא

יוכל לשאת אשה אחרת על אשתו, לכן אם הוא מעגן את אשתו גם הוא מעוגן בכך שהוא מנוע מלשאת אחרת, ועל כן לא היה מצוי שיעגן את אשתו למשך תקופה ארוכה. אך במקרים רבים המגיעים לביה"ד כשהמדובר בבעל שאינו שומר מצוות, שאין לו כל מניעה לדור עם אשה אחרת בלא חוק גם כשהוא עדיין נשוי לאשתו, ומאידך אשתו מעוגנת ואינה פורצת גדר, הרי שסברת הסדר אליהו אינה קיימת, ומצוה להציל אותה מעיגונה ללא המתנה למשך זמן ארוך, על מנת למנוע מכשול בעתיד.

וה"ה במקרים שקיים שיקול כבד משקל כעין הנ"ל לפי ראות עיני ביה"ד, דינא הכי.

יש להוסיף ביאור בדינו של ר"ת. הדבר פשוט שיסוד דינו של ר"ת הוא הלכה בהלכות הנהגת הציבור, שהציבור מתרחקים מהבעל ואינם רוצים להיטיב עמו מחמת מעשיו. אך אין זו הלכה מיוחדת בהלכות גיטין, וכבר מצינו הרחקות דומות בעניינים אחרים, עיין רמ"א חו"מ סוף סי' טז שפסק, עפ"י תרומת הדשן, וז"ל – "ואם נראה לב"ד שאחד גזל חבירו ולא יוכלו להוציא ממנו בדין, יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו, ואם היא אשה שלא תנשא לאיש ולא יעסקו בשידוכיה עד שתוציא מידה שאינו שלה". וכן ברמ"א חו"מ סי' שנ"ח סעיף ה' – "מעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים, וגזרו שלא ישא אותה שום אדם, כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה".

וע"ע במהרש"ם חלק ה' סי' מג שכתב בנידון שם – "אמנם מבואר בח"מ סו"ס ט"ו ובכמה דוכתי דיוכלו הב"ד לגזור על האשה שלא תנשא לאיש אם אינה מחזרת מה שגזלה, ועיין שבות יעקב ח"ג סי' קכ"א בזה, ולכן גם בנ"ד יעשו כן".

ובשו"ת חיים של שלום (להג"ר חיים טויבש ז"ל) סי' ו' הביא את דינו של תרומת הדשן והרמ"א הנזכרים וכתב – "ונראה דלאו דוקא באשה שאינה מצווה בעשה דפו"ר רק בעשה דשבת, אלא גם באיש יש יכולת ביד ב"ד לכפותו בכך ולבטלו ממ"ע דפו"ר, מטעם שכתב הרב בספר ברכי יוסף יו"ד סי' של"ד, דכל היכא דאי אפשר לו לקיים המצוה בלא סיוע דאחר, רשאי הבי"ד לגזור עליו ולמונעו".

אלא שבעניינים אחרים מלבד גיטין, אין מניעה לנדוות נידוי ישיר עליו, על כן לא מצוי שיוקפו להרחקות דר"ת שהם מסובכות יותר, שכדי להפעילן משתפים את כלל הציבור, אבל לעניין גיטין, שכל עוד אין פס"ד לכפיית הבעל בגופו, ולא נוכל לנדוותו כיוצ"ב, אין מנוס אלא לנקוט באמצעים שאינם פגיעה ישירה בגופו או בממונו אלא הוראה לציבור כיצד לנהוג, לכן הלכה זו הוזכרה בפוסקים בעיקר בכל הקשור לבעל או יבם המסרבים לגרש או לחלוץ. לכן הדבר פשוט שאין מניעה לנהוג עמו כך, גם אם הבעל, או כל בעל דין אחר, מסרב להופיע לדיון, אך לא כפועל יוצא ממעשיו, שהרי מעשיו עדיין לא התבררו בבית הדין, אלא כאמצעי לחץ כדי להביאו לדיון, והדברים ק"ו,

אחת הדוגמאות למקרה בו האשה מעוגנת היא באומרת מאיס עלי, אך גם כשלא הגענו למידה זו של "מאיס עלי", אלא שהבעל והאשה אינם מצליחים להגיע להבנה ביניהם, אם נראה לבית הדין "שאינן זיווגם עולה יפה", "ויש תקנת האשה בדבר", דהיינו שמחמת כן היא מעוגנת, בכה"ג רשאים הדיינים לפי שיקול דעתם לפסוק הרחקות מהבעל.

וכן בספר סדר אליהו סי' יג כתב בביאור שיטת הלבוש. לאחר שהסדר אליהו הביא בתשובתו את דברי הלבוש הנזכרים, כתב על דבריו – "הנה מבואר שהוא ז"ל תופס שלא בכל מקום שתטעון האשה מאיס עלי התיר ר"ת ז"ל לעשות הרחקה אלא לפי ראות הדיינים כשיראו שיש תקנת האשה בדבר. פירוש שרואין ב"ד שמה שטוענת מאיס עלי הוא אמת והיא אנוסה מפני שלא עלה זיווגם יפה מן השמים והבעל רוצה לעגנה, והשתא שבאים למעבד טצדקי לפוטרה ממנו היא תקנת האשה שבענין אחר אי אפשר לה שתחזור לבעלה אלא תשאר עגונה כל ימיה, הנה בכה"ג הוא דיכולין הב"ד וכו'".

נוסיף ונציין לתשובת תרומת הדשן חלק פסקים וכתבים סי' נח, וז"ל – "מי שנשבע בנקיטת חפץ שלא לגרש את אשתו, אי שרי להתיר לו. נראה דאם הוא גט מצוה, כגון משום דבר ערוה, או אי אמרה מאיס עלי, וכה"ג אין להחמיר. דאשירי במסכת נדרים מייתי נמי תשובת רב האי גאון כמו דמייתי לה במרדכי, וכתב עלה נמי דחומרא בעלמא הוא שהחמירו הגאונים. ומסיק שבאילו הארצות ראה שהיו פרוצות ביותר בשבועות, ואם לא יתירו להם לא יבקשו שוב התרה, הנהיג להתיר כל השבועות. ועל דא יש לסמוך לצורך מצוה, או לשאר צורך גדול".

מבואר שתה"ד סבר שגירושין באומרת מאיס עלי הן גירושין שיש בהם מצוה. מסוף דבריו נראה שחילק בין "צורך מצוה" ובין "צורך גדול", ואפ"ה הגדיר את גירושין אומרת מאיס עלי, כגירושין שיש בהם "צורך מצוה" ולא "צורך גדול" בלבד.

אמנם יתכן שתה"ד סתם דבריו כשיטת רבינו יונה. אך להאמור, יתפרשו דברי תה"ד גם אליבא דשיטת ר"ת, והיינו במקרה בו התברר שהאשה מעוגנת.

העולה מדברינו – טעמו של ר"ת כפי העולה מדברי הריב"ש, שמוטלת על הבעל מצוה לגרשה כדי שלא תתעגן, ואם אינו מגרשה ומעגנה נוקטים כנגדו הרחקות שאין בהם משום כפייה על הגט, וכל זה כדי שיקיים המצוה שלא לעגנה. ולפי המבואר לעיל יש מקום להרחקות אלו הן במקום שהבעל מחוייב בגירושין, והן במקום שהאשה אינה דרה עם בעלה וטוענת טענת מאיס עלי, לאחר שעבר פרק זמן ממושך שהתברר לביה"ד שיש אמת בדבריה, והאשה מעוגנת מפני שכפי הנראה היא לא תשוב לבעלה. ובלבוש הוסיף שהוא הדין כשהתברר לביה"ד שאין זיווגן עולה יפה והאשה מעוגנת.

אמנם בספר סדר אליהו בסוף התשובה (שם) כתב שלא נהגו תדיר בהרחקות אלו, מאחר שעפ"י חרם דר"ג הבעל לא

אך כל דבריהם באותו פסק דין אינם מחוורים. לעיל הבאנו מדברי רבינו פרץ שהובא בספר זכרון יהודה שהסכים עם ר"ת וכתב שכל רבותינו שוין בדבר, ושבעניין זה לא נמצאה מחלוקת. יצויין שרבינו פרץ נפטר כשלושים שנה לאחר הרמב"ן, והיה בן דורו של הרשב"א, ומדבריו עולה שלא שמע שאחד מחכמי ספרד בדורו או בדור הקודם יחלוק על ר"ת.

וכן מהריב"ל כתב (בתשובה ח"ב סי' יח) בלשון זו - "רבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם ... על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם". ומסתמא לא נעלמו ממנהרי"ן בן לב דברי הרמב"ן והרשב"א.

ואמנם לאחר העיון בדברי הרמב"ן והרשב"א עולה שאין מקום לטענה שהרמב"ן והרשב"א נחלקו על ר"ת.

מהסוגיא במסכת כתובות דף עז. עולה שישנן שני סוגי כפיה, כפיה בשוטים וכפיה במילי, ודעת הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים דלהלכה נקטינן דלא כמסקנת הבבלי (שם), אלא כשיטת הירושלמי דבכל מקום שנאמר "יוציא ויתן כתובה" ולא נאמר בפירוש שכופין ממש, הרי שבהן רק מבקשין ממנו שיתן גט וכופין על תשלום הכתובה. ומה שנקטו בלשונם "מבקשין" היינו לאפוקי מכפיה בשוטים, אך לשון בקשה כולל כל כפיה במילי. וכן עולה ממש"כ הרשב"א בתשובה (חלק ז' סימן תיד) שהובאה בב"י אה"ע סי' קנד, וז"ל - "האשה שאמרה על בעלה שאינו יכול כלל נאמנת, ומכל מקום בית הדין באין עליה דרך בקשה ואומרים לה תני דעתך על בעליך שמא מתוך איבה אין אתם נזקקים. ונכנסים לחדר ועושין להם סעודה שמא מתוך כך יתנו דעתם זה על זה. ואם היא אינה רוצה ואינה שומעת להם בכך אלא שרוצה להתגרש מפני טענה זו, מבקשים מן הבעל לגרש ואם לא רצה כופין אותו ליתן כתובה, אבל אין כופין אותו ליתן גט, אלא יכולין ב"ד לאיים עליו בדברים ובלבד שלא ינדרוהו ולא יבזוהו ולא יצערו אותו בגופו".

הרי מבואר שה"בקשה" כוללת כל כפיה במילי כגון לאיים עליו בדברים, אך לא נידוי שהוא ככפיה בגופו.

וכן מוכח מתשובת הריב"ש סי' קכו. וז"ל הריב"ש - "כבר הסכימו כל האחרונים ז"ל, דבכל מקום שאמרו יוציא ויתן כתובה, אין כופין על הגט, אבל כופין על הכתובה. ומבקשין על הגט, ואומרים לו שהוא חייב להוציא, ואם לא יוציא אין רוח חכמים נוחה הימנו, ושרי למקרייה עבריינא. אבל לעולם אין כופין אותו על הגט, לא בשוטים ולא בשמתא, זולתי באותן ששנינו בפרק המדיר". הרי מבואר ד"מבקשין" היינו "שאומרים לו שהוא חייב להוציא, ואם לא יוציא אין רוח חכמים נוחה הימנו, ושרי למקרייה עבריינא".

וכן יתפרשו דברי הר"ן בסוף פרק המדיר.

וכן מבואר בתשובת מהרל"ב ח (סי' לג) ד"מבקשין" היינו כפיה במילי. המהרל"ב ח דן במי שטוענת שאין לבעלה

אם נידוי דחמירא, אפ"ה אנו מנדים אותו כשמסרב לבוא לביה"ד, ק"ו הרחקות דר"ת שהם אינה כפיה בגופו, וקיל טפי מנידוי, כמבואר בתשובת ר"ת גופיה (ספר הישר סי' כד).

אלא שבדרך כלל אין צורך לנהוג בהרחקות דר"ת כנגד מי שמסרב לבוא לביה"ד, מאחר ואפשר לנדוהו, ולכפותו בכפיה ישירה אחרת כדי להביאו לדיון, ואין נזקקין להרחקות. אך אם אי אפשר להביאו באמצעות נידוי, כגון בזמננו שנמנעים מנידוי, אין מניעה מלנקוט בהרחקות דר"ת. על כן אין הכרח שדינו של ר"ת יאמר דוקא במקרה של אשה הטוענת "מאיס עלי", ולכן קבע הלבוש הרחקות דר"ת גם כשאין זיווגם עולה יפה, ומסרב לתת גט, ואין כל מוצא והאשה מעוגנת, מאחר ולמעשה שאינם יכולים לדור יחד, וזאת לאחר שביה"ד נוכח שאין פתרון אחר אלא הרחקות דר"ת.

האם יש ראשונים החולקים על ר"ת

בפד"ר ח"ב עמ' 338 כתבו שהרמב"ן והרשב"א חולקים על ר"ת ולשיטתם במאיס עלי אף אין מבקשים ממנו לתת גט.

וז"ל הרמב"ן בחידושו עמ"ס כתובות דף סג: - "איכא מאן דסבר דכי אמרה מאיס עלי כופין אותו להוציא שאינה כשבויה להבעל למאוס לה. ואיכא למירמא עליה מדתנן בפרק בתרא דנדרים, בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונטולות כתובה האומרת טמאה אני לך וכו', נטולה אני מן היהודים, חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלה על בעלה, אלא האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה, נטולה אני מן היהודים יפר חלקו ותהא משמשתו ותהא נטולה מן היהודים, אלמא אין כופין אותו להוציא ואף לא מבקשין. ומה התם דאתיא מחמת טענה ואסרה נפשה אכולי עלמא, חיישינן שמא עיניה נתנה באחר ואינה נאמנת, היכי דלא אתיא מחמת טענה לא כל שכן".

וז"ל הרשב"א בחי' עמ"ס כתובות דף סד. (הובא בשטמ"ק ובשו"ת חכמי פרוינציא סי' עג) - "אנו אין לנו כפייה בבעל אלא באותן השנויין במשנתנו שכופין אותם להוציא או לפסולות בין דאורייתא בין דרבנן כשניות, ותנן בפרק בתרא דנדרים חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה, אלא האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה, נטולה אני מן היהודים יפר חלקו ותהא משמשתו, אלמא אין כופין ואף לא מבקשין, ואע"פ שבאה שם מחמת טענה ואסרה נפשה עליו ועל כל העולם אפילו הכי חוששין שמא עיניה נתנה באחר, כ"ש בזו".

וכפי הנראה סברו בפד"ר שם לבאר שלדעת הרמב"ן והרשב"א שכתבו דאין מבקשין ממנו ליתן גט, היינו שביה"ד אינו מתערב כלל בענין כזה אפילו לבקש מהבעל בדרך פיוס שיתן גט, ולפי זה כתבו בפסק הדין הנ"ל במסקנת דבריהם - "להלכה נראה שאין נותנין עצה לגרש ואין מבקשין, שהרי השו"ע כתב בסי' ע"ז בד"מ מאיס עלי "אם רצה לגרש" משמע שאין ב"ד מתערב בזה".

בגופו, עכ"ל. משמע דמש"כ הרשב"א "לצערו בגופו" היינו מלקות, דאילו בדברים הרי כבר התיר לאיים עליו. ומה שהרשב"א אסר לבזותו, היינו מטעם שהביזוי נחשב כפגיעה ישירה בגופו של הבעל דהוא מעשה בקום ועשה, משא"כ בהרחקות דר"ת שבהם נמנעים רק בשב ואל תעשה לסייע לו, ומנלן שהרשב"א יחלוק בזה. על כן נראה מאחר שמהריב"ל כתב דלא מצינו מי שיחלוק על ר"ת, הרי שמהריב"ל סבר בפשיטות שאין הכרח שהרשב"א חולק על ר"ת.

ועוד יצויין שהריב"ש בסי' קכז הביא תשובה זו של הרשב"א לשון זו - "ובלבד שלא ינדה ולא יכה ולא יצער אותו בגופו". והשמיט איסור ביזוי הבעל, ולנוסחא זו בתשובת הרשב"א ודאי שאין מקום למש"כ החזו"א בדעת הרשב"א, ועיין בפד"ר חט"ז עמ' 264 שהביא שנויי נוסחאות אלו בתשובת הרשב"א, ונטה לומר שנוסחת הריב"ש עיקר.

ובמה שכתב מהריב"ל שלא מצינו מי שיחלוק עליהם, בשו"ת צל הכסף (לרבי אברהם גאטיניו מחכמי שלוניקי מלפני מאה וחמשים שנה) סי' ו' (דף לה:): חיזק דברי מהריב"ל, ודחה דעת הסובר שאותם פוסקים שלא הזכירו הרחקה זו לא סבירא ליה כר"ת, וכתב - "הרי דסברא זו דמהרי"ק הנובעת מדברי ר"ת דמניעת טובה לא חשיב אונס קבלוה בסבר פנים יפות כל האחרונים ... וכיון שכן איך אנו יכולים לומר שאין סברת ר"ת נכונה ומשום הכי לא הזכירוה הראשונים, אלא אדרבה הדעת נוטה דלרוב פשיטותה הוא דלא הזכירוה".

ועיי"ש שכתב שמאחר ותשובת ר"ת נמצאת בספר הישר ותשובתו לא היתה מצויה ומפורסמת בין הראשונים שהיו אחריו, הרא"ש וחכמי דורו, על כן לא הזכירוהו. ובספר זרע יעקב (להג"ר יעקב ניניו ז"ל תשובה ג' (דף קנב) השיב על יבמה שמאנה להתייבם בטענת מאיס עלי, וכתב ח"ל - "לעשות הרחקה ר"ת נראה פשוט דבאומרת מאיס עלי עבדינן לה. דהא ר"ת דאית ליה באשה דעלמא ואומרת מאיס עליה דאין כופין, והחמיר בדבר מאד, אשכחן ליה דאמר דעבדינן ליה הרחקה, כמבואר בתשובתו הביאה מהריק"ו בשורש ק"ב עיי"ש. ואם הוא אמרה באשה דעלמא, כ"ש בשומרת יבם דאמרה מאיס עלי. ובזה כו"ע מודו ואין חולק, דלא פליגו אלא בכפיה בשוטים, אבל בהרחקת ר"ת פשיטא דכולהו רבנן אולי ומודו. ומכאן תשובה להרב אורים גדולים למוד ע"ח שהיתה טוענת מאיס עלי ולא הסכים אפילו לעשות הרחקה ר"ת. וזה תימא, כיון דטענה מאיס עלי פשיטא דעבדינן הרחקה, במכ"ש באשה דעלמא".

שיטת הרמ"א

השולחן ערוך (אבן העזר סי' קנד סעיף כא) פסק - "וי"א שכל מי שלא נאמר בו בגמרא בפירוש כופין להוציא, אלא יוציא בלבד, אין כופין בשוטים אלא אומרים לו חכמים חייבוך להוציא, ואם לא תוציא מותר לקרותך עברייין"

גבורות אנשים, ובתוך הדיון האם ניתן לכפותו לגרש כתב, וז"ל - "אבל נראה כאשר כתבתי שרוצה לומר כופין בכפיית דברים וכפייה כזאת לדעת כל הפוסקים עושים אותה, ואף שהר"ן וכל בעלי החדושים כתבו בפרק המדיר כי בכל מקום שאמרו רבותינו ז"ל יוציא ויתן כתובה, רוצה לומר מבקשים על הגט, כפיית דברים כזאת בקשה נקראת וכמו שאמרו חכמינו ז"ל יוציא ויתן כתובה, ראוי לעשותה ראייה לזה שהרי בפרק המדיר אמר באותם שהדין בהם כופין שהכפייה היא בשוטים בדברים לא יוסר עבד. ואותה כפייה לבד כתבו המפרשים דאין לעשותה כי אם באותה המקומות לבד שאמרו בהם בפירוש כופין. אבל כפיית דברים ראוי לעשותה בכמו שאמרו בהם ז"ל יוציא ויתן כתובה. הרי דלדעת כל הפוסקים בנדון שלפנינו כופין במילי ודוקא הכפייה שאמרת לקרותו עברייין שעובר על דברי חכמים אבל לא מנדין ולא משמתין כלל".

הרי מבואר בדבריו כפי שכתבנו ד"מבקשין" היינו כפיה במילי. וכן עולה מתשובת מהרש"ך ח"ב סי' קס שבתוך דבריו שהשיב בנידון כעין תשובת מהרלב"ח כתב בלשון זו - "עדיין צריכים אנו לברר וללבן אי כפינן ליה בשוטי על הגט או דמבקשים ממנו על הגט ומבזינן ליה לקרותו עבריינא שעובר על דברי חכמים".

וגם בלשון תורה פעמים, בקשה' משמעותה תביעה, כגון "אנוכי אערבנו מידי תבקשנו" (בראשית מג,ט), וכגון "ובקשתם גם כהונה" (במדבר טז,י).

ולפי זה הרמב"ן והרשב"א הר"ן והריב"ש באו לאפוקי מדעת רבינו יונה הסובר שבמאיס עלי כופין במילי, ועל כן כתבו דאין מבקשין ממנו, היינו שאין כופין אותו במילי, אבל אין מקום לומר שיחלוקו על ר"ת (שבשטמ"ק) שכתב - "אם יבוא לימלך אם יגרשנה בלא כתובה, ביי"ד נותנין לו עצה שיגרשנה לאלתר". וכיון שכן אין מקום לטענה שטענו שם בפד"ר, שלשיטה זו ביה"ד אינו מתערב כלל בענין.

ובלא"ה אין סברא למנוע מבית הדין מלהתערב ולפייס את הבעל שיתן גט כל עוד אינן כופין אותו במילי, ומהיכי תיתי לומר שהשו"ע פסק כן.

ועיין בחזו"א (סי' קח ס"ק יב) שנטה לומר דהרשב"א יחלוק על ר"ת. וז"ל החזו"א - "ובב"י סי' קנד הביא תשובת רשב"א דאין לבזותו לצער, וכמדומה דלדעתו ז"ל אין ביי"ד מחמירין עליו בהרחקות שבזה מבזין אותו ומצערין אותו, ופשטא דסוגיא (עז). משמע כן בדברים אלו יוסר עבד. ובפ"ת סק"ל כתב בשם הגבורות אנשים בשם מהריב"ל דהאידנא שהרחקות חשובים כנדוי אין כופין בהרחקות, ולא אתפרש מ"ש האידנא מימי ר"ת, ומ"מ למש"כ נראה להחמיר לדינא".

ודבריו צ"ע, ולהלן לשון הבי" בשם הרשב"א בתשובה (ח"ז סי' תיד) - "ואם לא רצה כופין אותו ליתן כתובה אבל אין כופין אותו לגרש אלא יכולים בית דין לאיים עליו בדברים ובלבד שלא ינדהו ולא יבזוהו ולא יצערו אותו

הדעת שבא לקרב מה שהרחיק רבו. אשר על כן נראה לענ"ד ברור ומוכרח דמה שלא הזכירוהו להא מרן ומור"ם הוי טעמא משום דהא דהורה ר"ת לעשות הרחקה במאיס עלי, לאו בכל טוענת מאיס עלי היא, אלא דוקא כשניכר בודאי שכן הוא באמת ושיש עיגון בדבר דוקא".

והנה הרמ"א בסי' עז סעיף ג' פסק באומרת מאיס עלי ונותנת אמתלא לדבריה - "אין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו". וכתבו בפד"ר ח"ב עמ' 338 ובחט"ו עמ' 262 דמשמע מדברי הרמ"א שאין עושין לו הרחקות, שהרי הרמ"א הביא הרחקות אלו בסי' קנד ולא הביאם בסי' עז אלא רק כתב שאין כופין אותו לגרש.

אך בלבוש סי' עז (סעיף ג') מצינו שכתב באותו לשון של רבו הרמ"א, וז"ל - "ואין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו, כיון שנותנת אמתלא לדבריה אינה כשבויה להיות תחת השנוי לה". למרות זאת הלבוש בסי' קלד ס"י פסק הרחקות באומרת מאיס עלי, וז"ל - "אע"פ שאין כופין עכשיו שום איש לגרש את אשתו היינו שאין מטילין עליו חרם שיגרשה. אבל אם רואים בית דין לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מ"מ יכולים בית הדין להטיל חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו" וכו'.

הרי להדיא שאין הוכחה מלשונו של הלבוש בסי' עז (שהעתיק את לשון הרמ"א), שדעתו שאין מקום לנקוט הרחקות דר"ת. אלא הפירוש בדברי הרמ"א והלבוש הוא דבסי' עז כתבו את הדין הנכון בכל אשה האומרת מאיס עלי שיש לה אמתלה, שאין כופין אותו לגרש ואין כופין אותה להיות עמו. אבל במקום שניכר בבירור שבעלה מאוס עליה ואנו רואים שעבר זמן ללא כל שינוי במצב והאשה מעוגנת והבעל עומד בסירובו לגרש נוקטים בהרחקות אלו, וכמו שכתב בסדר אליהו. ומה"ט הלבוש כתב דבריו בלשון זו - "אם רואים בית הדין לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר", מבואר דדוקא במקרה שיש בו תקנת האשה דהיינו שהיא מעוגנת נוקטים להרחיקו כדי למנוע עיגון האשה.

לפי זה מבואר היטב מדוע הרמ"א הביא את ההרחקות דר"ת רק בסי' קנד. דהרמ"א בפסקיו כותב רק את הפסק הנכון ביחס לכל מקרה ובלא להתחשב בשיקולים נוספים. דהיינו בכל אותם שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, מיד פוסקים להרחיקו אם אינו מסכים לתת גט. אמנם חוששים לפסוק כפיה בשוטים, אך הרחקה פוסקים לאלתר, במקום פסק הכפיה שהיה נכון לפסוק לאלתר לדעת מקצת מהראשונים. ואין חילוק אם עבר זמן רב שהבעל עומד בסירובו או לא. משא"כ במאיס עלי, הפסק הנכון לפסוק מיד כשארע המקרה של מאיס עלי הוא, שאין כופין אותה להיות עמו ואין כופין אותו לתת גט. ופשיטא שאין פוסקים לאלתר הרחקות דר"ת. אך לאחר שאנו רואים שהבעל אכן מאוס

וכתב על זה הרמ"א - "וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא, ראוי להחמיר שלא לכוף בשוטים, שלא יהא הגט מעושה (טור בשם הרא"ש) ... וכל מקום שאין כופין בשוטים, אין מנדין אותו ג"כ (מרדכי ריש המדיר). ומכל מקום יכולין ליגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה או לישא וליתן עמו (שם בשם ר"ת ובמהרי"ק), או למול בניו או לקברו, עד שיגרש (בנימין זאב). ובכל חומרא שירצו ב"ד יכולין להחמיר בכהאי גוונא, ומלבד שלא ינדו אותו".

לכאורה היה מקום לומר מכיון שהרמ"א פסק הרחקות דר"ת רק בסי' קנד באותם שאמרו חכמים יוציא, ולא בסי' עז במורדת, משמע שהרמ"א סבור שאין מקום להרחקות אלו במורדת האומרת מאיס עלי.

אך היה מקום לומר כן אילו סברנו שהרחקות אלו שכתב ר"ת דינם ככפיה במילי, ולכן יש להם מקום רק באותם שחייבים לגרש וכופים אותם במילי, אך לא באומרת מאיס עלי. אך מגוף תשובת רבינו תם מוכח שאין לדון הרחקות אלו ככפיה במילי, שהרי לשיטת ר"ת אין מקום לכפיה במילי במאיס עלי, וכמפורש בשטמ"ק שהבאנו, דלשיטת ר"ת לא ניתן אפילו לקרוא לו עבריינא, ועל כרחק ס"ל לר"ת שאין בהרחקות אלו משום כפיה כלל. על כן מסתבר שהרמ"א יסכים להרחקות אלו גם במאיס עלי, ובלבד שביה"ד נוכח לדעת שהאשה נשארה מעוגנת ללא תקנה, וכמו שהתבאר.

אילו בפנינו שתי תשובות שונות של ר"ת אחת לענין מאיס עלי ואחת לענין אותן שחייבים לגרש, היה מקום לדון שהרמ"א פסק רק כאותה תשובה העוסקת באותם שחייבים לגרש ודחה מהלכה את אותה תשובה העוסקת באומרת מאיס עלי. אך המקור לדברי הרמ"א הוא במרדכי בפרק המדיר (סי' רד), שהביא הרחקה דר"ת באותן שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, ועיין במהרי"ק שרש כט שכתב שמש"כ המרדכי בשם ר"ת שנוכל לעשות הרחקות, מקור הדברים הם בתשובת ר"ת בספר הישר (סי' כד) באומרת מאיס עלי. ומפורש במהרי"ק שאין שני פסקים שונים של ר"ת, אחד באותם שנאמר בהן יוציא ויתן כתובה והשני באומרת מאיס עלי, אלא שהמרדכי הוציא את דבריו מכח שיטתו העקרונית של ר"ת שאין בהרחקות אלו משום כפיה על הגט, וכפי שבארנו לעיל את תשובת הריב"ש. ולכן אין סברא לשלול נקיטת הרחקות דר"ת גם באומרת מאיס עלי.

לעיל הבאנו מתשובת מהר"י בן לב שכתב בפשיטות שלא מצינו מי שיחלוק על הרחקות דר"ת, ומצורף לכך שהרמ"א בספרו דרכי משה סי' קלד הסכים בשתיקה לדברי הבי"ש שהביא את שיטת ר"ת בספר הישר, ובודאי לא מסתבר שהרמ"א החמיר לדחות את שיטת ר"ת, בלא לציין זאת בספרו דרכי משה.

ובספר סדר אליהו בסוף סי' יג כתב - "מי לנו בקי בדברי מור"ם בעל ספר המפה מהרב בעל הלבוש שהיה תלמידו, וכיון דחזינו ליה דפסקה להא דר"ת בפסקיו, איך יעלה על

מלבד שפשט דבריו אינו מורה כן, הרי שהסמ"ק המהרי"ק הבי"ה הלבוש ומהריב"ל שהביאו תשובה זו ודאי סברו שזוהי דעת ר"ת הלכה למעשה. וטעמם דמאחר ומבואר בתשובת ר"ת שהרחקה זו אין בה משום כפיה, גם אם אין פוסקים לחייבו בגט, יוכלו לנקוט בהרחקות אלו.

שנית, כמה מגדולי הפוסקים חולקים על הבית אפרים. מהריב"ל כתב "על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם", ואילו סבר מהריב"ל כבית אפרים הרי שרבו החולקים על פסקו של ר"ת, והם כל הסוברים שבמאס עלי אין מקום לחייב בגירושין.

גם הלבוש אינו סובר כבית אפרים, ועל כן הלבוש בסי' עז פסק שלא לחייב גירושין במאס עלי, ולמרות זאת בסי' קלד הלבוש פסק להלכה את דינו של ר"ת בתשובתו בספר הישר. וכן מוכח מעוד פוסקים שיובאו להלן שאינם מסכמים עם דברי הבית אפרים.

שיטת מהרי"ב בן לב

בפת"ש סי' קנד סק"ל כתב – "עיין בספר גבורות אנשים הביא בשם מהריב"ל דהאידינא שהרחקות חשובים כנידוי אין לעשות לו שום הרחקה רק שאומרים לו מותר לקרותך עבריין, והוא ז"ל כתב שטוב להחמיר".

להלן מקור הדברים בשו"ת מהרי"ב בן לב חלק ב' סי' יח, וז"ל – "עוד אני אומר דבנדון דידן לא מבעיא דלא כפינן ליה לא בשוטים ולא בנדויי וחרמי כדכתבינן, אלא אפילו למעבד ליה ההרחקה שכתב רבינו תם בספר הישר לא עבדינן ליה איברא דרבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם לא שינדו אותו אלא שנבדיל עצמנו בכל האופנים שבעולם עד שיגרש ושב ורפא לו, וגם על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל, ולא מצינו מי שיחלוק עליהם. מכל מקום לא ראינו לרבני הדור הזה שנהגו בכך, אדרבה זכורני כי נועצו לב יחדיו רוב החכמים לעשות זאת ההרחקה, ורב גדול ומובהק שהיה בימים ההם מיחה בדבר. ואפשר לומר שמה שלא נהגו בכך הוא משום דלא אכשיר דרי, ויותר קשה להם ההרחקה מהנדוי, ואם הנדוי הוי כפייה כל שכן ההרחקה הנזכרת", עכ"ל.

בדברי מהריב"ל התבארו שני דברים –

א. "על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם".

ב. למעשה אין לנהוג בהרחקות אלו במקום שעפי" דין א"א לכפות גט.

ומבואר שמה שחשו רבני דורו של מהריב"ל להחמיר שלא לנהוג את ההרחקות, אין הטעם מפני שחלקו על ר"ת, שהרי מהריב"ל עצמו כתב שלא מצינו מי שיחלוק על ר"ת, אלא חששו שהמציאות השתנתה וכעת ההרחקות חמורות מנידוי. ואפילו במקום שמותר לכפותו במילי, כגון בנידון

עליה ועבר זמן ממושך שהבעל עומד בסירובו לתת גט והאשה מעוגנת, יש מקום להרחקות דר"ת. והרחקות אלו אינן הלכה ייחודית לדין מאיס עלי, כמבואר בלבוש דאם רואין שאין זיווגן עולה יפה והאשה מעוגנת ג"כ ניתן לנקוט הרחקות אלו.

העולה מדברינו - משני טעמים הרמ"א לא הביא בסי' עז את ההרחקות דר"ת. ראשית, הרחקות אלו אינן הלכה פסוקה לכל מקרה של מאיס עלי, ועוד שאין זו הלכה ייחודית דוקא למקרה של מאיס עלי, אלא הלכה כללית יותר לכל מקום שאין זיווגן עולה יפה והאשה מעוגנת ללא תקנה כמבואר בלבוש. אבל בסי' קנד הרחקות אלו הן הלכה פסוקה לכל מקרה שנאמר בו יוציא ויתן כתובה והבעל מסרב לגרש, וזאת מפני שעבר על דברי חכמים שהורו לו לתת גט.

שיטת הבית אפרים

הבית אפרים נקט בפשיטות שהפסק של ר"ת בספר הישר לנקוט הרחקות, מיוסד על פסיקה לחייב את הבעל בגירושין. הבית אפרים התייחס לעניין זה בשני מקומות. בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע סי' קכט (השני) הביא את דברי ר"ת שבשטמ"ק (הנזכרים לעיל) שבמאס עלי אין אומרים לבעל חכמים חייבוך להוציא, וסבר הבית אפרים שלא ניתן ליישב את תשובת ר"ת שבספר הישר עם מה שהובא בשטמ"ק בשם ר"ת, אא"כ נאמר שר"ת בתשובתו השיב לאותם שרצו לפסוק כפיה ממש, דלא ינהגו כן לכפותו ממש, אלא רק בדרך של הרחקות, אך ר"ת גופיה לא ס"ל הרחקות אלו אלא במקום שאפשר לפסוק חיוב לגרש, ועל כן לשיטת ר"ת גופיה (כפי שהובא בשטמ"ק) שאין פוסקים חיוב גירושין במאס עלי, ה"ה שבמקרה זה אין מרחיקים את הבעל.

ובתשובה אחרת (בשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא אה"ע סי' עד, עמ' שיד) כתב הבית אפרים דר"ת בספר הישר פסק הרחקות מפני שנקט כשיטת רבינו יונה (שבשטמ"ק) דחייב לגרשה. ועיי"ש בתשובת הבית אפרים שציין לדבריו בתשובה קכט הנ"ל, וכפי הנראה בתשובה זו הבית אפרים חזר בו ממ"ש דר"ת גופיה לא ס"ל הרחקות אלו, אלא סבר שדברי ר"ת בתשובה אינם מתיישבים עם המובא בשמו בשטמ"ק.

מפשיטות לשונו של הבית אפרים בתשובה זו, עולה שהסכים להלכה עם פסק ר"ת בספר הישר, למרות שפסק זה מבוסס על כך שפוסקים חיוב גט במאס עלי.

ויש מקום להעיר על הבית אפרים שתי הערות.

ראשית, לפי דרכו של הבית אפרים (בתשובה השניה) תשאר סתירה בין שיטת ר"ת המובאת בשטמ"ק לשיטת ר"ת בתשובתו בספר הישר. ולפי המבואר לעיל הדברים מיושבים גם אם נאמר דר"ת בתשובה אינו הולך בדרכו של רבינו יונה. ובודאי קשה לקבל את מש"כ הבית אפרים בתשובה הראשונה (בסי' קכט), ולומר שר"ת גופיה לא ס"ל הרחקה זו.

"ובפ"ת סק"ל כתב בשם הגבורות אנשים בשם מהריב"ל דהאידינא שהרחקות חשובים כנדוי אין כופין בהרחקות, ולא אתפרש מ"ש האידינא מימי ר"ת".

ובמה שכתב מהריב"ל שלא ראה נוהגים בהרחקות דר"ת, בתשובת סדר אליהו הביא תשובות רבות שנכתבו על ידי פוסקים שראו את תשובת מהריב"ל ולא חשו לדבריו. ביניהם תשובת מהרשד"ם, מהר"א ששון, מהר"י הלוי, מהר"ח (בעל קרבן אהרן), מהר"א מונסון והפני משה. וכתב על זה הסדר אליהו – "הרי לך כמה רברבי דור אחר דור שהיו אחרי מהריב"ל, וראו את דבריו, שהסכימו לעשות הרחקה זו". וכעין זה כתב בשו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סוף סי' מ'.

וכן פסקו לנהוג הרחקות דר"ת, אף בהעדר פסק דין לכפיית גט, בספר ציץ אליעזר חלק יז סי' נ"א ובספר יביע אומר חלק ח' חלק אה"ע סי' כה.

הרחקות דר"ת ביבם שאינו רוצה לחלוץ

ביבם שאינו רוצה לחלוץ מצינו חילוקי דעות האם ניתן לנקוט כנגדו הרחקות דר"ת. הסמ"ק ומהרי"ק בשרש קב פסקו שניתן לנקוט הרחקות אלו, והובאו בב"י סי' קלד ללא מחלוקת. אך מצינו בכמה פוסקים שכתבו שאין לעשות הרחקות אלו, ועיין בפד"ר כרך טז עמ' 262 בפס"ד מהג"ר שמואל שפירא שליט"א שסבר להוכיח מאותם פוסקים שאין לפסוק הרחקות אלו במורדת האומרת מאיס עלי. אך לאחר העיון נראה שאין כל ראייה מהפוסקים שהביא שם, ונבאר הדברים.

לפי המבואר לעיל בדברינו, אמנם אין חשש גט מעושה אם נקטו כנגד הבעל בהרחקות, אך עכ"פ לא ינקטו בהרחקות אלו אלא במקום שיש מצוה למנוע עיגון. דאי לאו הכי מהי"ת שננהג בהרחקות אלו.

על כן מה שהוכיח (בפד"ר שם) ממה שהרמ"א בסי' קסה לא הביא את פסק הסמ"ק ומהרי"ק לעשות הרחקה דר"ת ביבם המסרב לחלוץ, אינה ראייה כלל.

מאחר שבסי' קסה ס"א הובאו שתי הדעות האם מצות יבום קודמת או מצות חליצה קודמת, והכרעת הרמ"א היא – "והמנהג כסברא ראשונה שאין כופין לחליצה כלל אפילו יודעין שנתן עיניו בממון אלא מפשרים ביניהם כמו תקנות הקהילות ... וכל זה כשהוא אומר שרוצה להתיבם ואפשר להתיבם שאין חשש איסור ביבומו, אבל אם אומר שאינו רוצה לא ליבם ולא לחלוץ כופין אותו".

ולפי זה מאחר שמבואר בגמרא במסכת יבמות דף כא. "חליצה במקום יבום לאו מצוה היא". אם אנו פוסקים לחוש לדעת הפוסקים שמצות יבום קודמת כמ"ש הרמ"א, הרי שכל עוד היבם רוצה ליבם, אנו חוששין לדעת הסוברים שאין מצוה בחליצה, ולדעה זו ממילא לא ניתן לנקוט הרחקות דר"ת כדי שיחלוץ כל עוד אין החליצה מצוה. אך מאחר שהיבמה אינה חפצה ביבם, חוזר הדין כפי ההלכה

התשובה שהביאו הגבורות אנשים והפתי"ש, שדעת המהריב"ל דמותר לקרותו עבריינא, דהיינו כפייה במילי, אפ"ה אסר לנקוט ההרחקות, ומטעם דסבר שהן יותר חמורות מנידוי.

אך רבים חלקו על מסקנת מהריב"ל.

בשו"ת מוהר"י הלוי (לרבי יעקב לבית הלוי ז"ל) כלל ב' סי' יא כתב על דברי מהריב"ל – "מ"מ לא הודו לו חבריו, והרי מצינו למוהר"ר שמואל די מודינא ז"ל שכתב בפשיטות דכל היכא שנשבע לחלוץ או שיש לו אשה ובנים, דאע"ג דאינו מסכים לענין הכפיה, עם כל זה בענין ההרחקה, להתרחק שלא לישא וליתן עמו ושלא לדבר עמו, הורה בפשיטות דעבדינן ליה, וכמו שתמצא בתשובותיו לאה"ע סי' ע"א וסי' מ"א יעויין שם".

בתשובת סדר אליהו סי' יג תמה על דברי מהריב"ל וז"ל – "מש"כ הרב בטעם מה שנהגו שלא לעשות הרחקה זו משום דבזמנים אלו יותר קשה להם ההרחקה מהנידוי. אחרי המחילה טעם זה אינו מכיר, דאילו רבינו תם שתיקן הרחקה זו היה תולה דברו משום דהרחקה קילא מנידוי, או היה צודק לומר דעכשיו בזמן הזה הדבר נהיה בהפך, דחמירא להו הך הרחקה מן הנידוי. אמנם ר"ת ז"ל לא תלה בזה דבר דמי לא ידע בכל אלה דחמירא להו לאינשי הרחקה זו מן הנידוי ... יותר מכריח לאדם לכופו הרחקה מן הנידוי, דמי הוא שיוכל לסבול שלא ישאו ויתנו עמו בני אדם ולא יטפלו בשום דבר, ואין ספק דמי שירחק בדרך זו, תכף ומיד יהא כפוי, ויעשה מה שישאלו ממנו שלא כרצונו כדי להנצל מהצער הבא לו מתוך הרחקה זו. ועל כל אלה אסר ר"ת הנדוי והתיר ההרחקה מהטעם המפורש בדברי ר"ת ז"ל עצמו דהנידוי הוי רדוי בגוף הבעל עצמו כמו שבט מכה, עשה דבר זה ואם לא שבט יכך, וכל כי האי אין בידנו לעשות כי אם במקום שאמרו חכמים ז"ל בהדיא כופין אותו. ובמקום שלא אמרו כן בהדיא אין לנו רשות להכותו. אבל הרחקה זו אינה שום רדוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האיש ההוא. וכל כי האי אין אנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן, אלא אנו רשאין בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצווין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישוב מדרכו הרעה וכדי להציל העניה העשוקה מידו. באופן דהרחקה זו חלוקה מהנידוי וכיוצא בשני צדדים, הא' דהנידוי וכיוצא הוי רדוי בגופו של בעל וההרחקה הוי בחוץ מגופו. והב' דזה רעה בפועל וזה במניעת הטובה ממנו, וזה מבואר היטב בדברי ר"ת ז"ל ובדברי הרב הלבוש כאשר זכרנו. ומעתה מה מקום יש לחלק בין דורות הראשונים לדורות אלו כאשר חשב הרב מהריב"ל".

וכן החזו"א בסי' קח ס"ק יב תמה על מהריב"ל דמנין לו לומר דהאידינא הרחקות נחשבות ככפיה. וז"ל החזו"א –

שיקיים מצוה המוטלת עליו. על כן כשלא כתבו שטר חליצה והיבם אינו נשוי ומבקש ליבם, אמנם מנהגו כדעת הפוסקים דמצות חליצה קודמת, מ"מ היבם יכול לומר קים לי כמ"ד מצות יבום קודמת, ובטענה זו היבם טוען שאין מצוה בחליצה, ולא ניתן לנקוט הרחקות דר"ת מאחר שלטענתו אין מצוה לחלוץ אלא לייבם, ואין מקום לנקוט הרחקות לצורך קיום חליצה שאין בה מצוה. משא"כ אם כתבו שטר חליצה שבו היבם נשבע וקבל חרם חמור לחלוץ, אינו יכול יותר לטעון טענת קים לי, ומצוה לחלוץ. ויכולים לפסוק הרחקות כדי שיקיים המצוה המוטלת עליו.

אמנם לענין עצם הדין של כפייה על החליצה יש חשש על החליצה שהיא חליצה מעושה שלא כדין אליבא דמקצת הפוסקים, ואין כופין אותו כפיה ממש, אך ניתן להרחיקו מאחר שאין בהרחקות כפיה לחלוץ, וזאת כדי שיקיים המצוה המוטלת עליו לחלוץ עפ"י התחייבותו.

ועיין בב"ש שם בתחילת דבריו בס"ק יא שכתב דלמ"ד מצות יבום קודמת, הרי שבשבועה ובחרם שבשטר החליצה הוא כמתנה על מה שכתוב בתורה, ואין תוקף לשבועה ולחרם, ואי אפשר לכפותו לקיים את השבועה, ומבואר שם שלענין זה חיישינן לדעות אלו דמצות יבום קודמת. אך היינו דוקא לענין השבועה והחרם שלא חלו למקצת הפוסקים, אך לענין עצם הטענה כשטוען שברצונו ליבם, בזה הועיל שטר החליצה למנוע ממנו מלטעון קים לי כמ"ד מצות יבום קודמת, ומאחר שאנו נוהגים כמ"ד מצות חליצה קודמת, נוקטים בהרחקות אלו כדי שיקיים את המצוה.

העולה מדברינו בביאור דברי הב"ש שאין בהרחקות משום כפייה, אך נוקטים אותם כשאנו מבקשים להביאו לידי קיום מצוה. ולכן אם נכתב שטר חליצה, לאלתר מוטלת עליו המצוה לחלוץ, ואם יסרב לחלוץ ניתן לנהוג בהרחקות אלו כדי להביאו לחלוץ. ולפי המבואר לעיל, ה"ה במקום שעבר זמן ואנו רואים שהיבמה מעוגנת, ניתן לנהוג בהרחקות אלו גם כשלא כתבו שטר חליצה, ולא גרע מכל אומרת מאיס עלי שבמקום שהאשה מעוגנת ניתן לנהוג בהרחקות אלו, אלא שהרמ"א והב"ש לא איירי בזה אלא בדין הנכון בכל מקרה.

נקודה נוספת הטעונה ביאור בדברי הב"ש סי' קסה ס"ק יא במש"כ – "יכולים לעשות הרחקה של ר"ת שלא לדבר ושלא לישא וליתן עמו, ולא שיאמרו שלא לדבר עמו עד שיחלוץ, דאז הוי כפייה, אלא לעשות הרחקה סתם שלא לדבר עמו".

ומקור הדברים במהרש"ם שיש לנקוט הרחקה סתם ולא לומר לו שעושין הרחקות אלו עד שיחלוץ, דאז הוי ככפיה, וכן בשו"ת רע"א החדשות (שו"ת רע"א ח"ג) סי' מה נקט כן בפשיטות, (עיי"ש שכתב על הקושי לנקוט בהרחקות בדרך זו). והדברים צ"ע, מאחר שאין בהרחקות אלו משום כפיה, מדוע אם נוקטים אותם כדי שיחלוץ, ההרחקות יחשבו

באומרת מאיס עלי, שאין פוסקים מיד הרחקות אלו, אלא לאחר שמתברר לביה"ד שהבעל מאוס עליה, והיא מעוגנת מחמת סירובו לגרש. וה"ה ביבם אם לאחר שעבר זמן ונראה לביה"ד שהיבם מאוס עליה והיא מעוגנת, גם הרמ"א יסכים לדינו של ר"ת, שיש מקום לפסוק להתרחק מהיבם עד שיחלוץ. לפי זה הדין המבואר בסי' קסה הוא הנכון בכל גוונא, מיד בעת שהיבמה מבקשת שיחלוץ והיבם מסרב, ועדיין אין עילה לפסוק הרחקות דר"ת.

בהתאם לכך יתבאר דברי הב"ש סי' קסה ס"ק יא שכתב שניתן לנהוג בהרחקות דר"ת רק במקרה שנכתב שטר חליצה אך לא בהעדר שטר כזה. לכאורה דברי הב"ש אינם ברורים, אם אמנם אין בהרחקות משום כפיה, מדוע שלא ירחיקוהו ליבם הרחקה כזו, גם כשלא נכתב שטר חליצה.

וכבר עורר שאלה זו מוהר"ל צינץ ז"ל בספרו טיב חליצה (השמטות אות צ'), ולהלן לשונו כפי שנדפס במהדורה מתוקנת בהוספות לשו"ע אה"ע בהוצאת מכון ראש פינה ח"ו עמ' תסט) – "מה שתירץ הבית שמואל דבאין לה שטר חליצה, גם הרחקה של רבינו תם שלא לדבר עמו אין עושין, לא ידעתי מאן פלג ליה, דאם זו מקרי כפיה, אם כן גם בכהאי גוונא אין כופין, ואי לא מקרי כפיה, אפילו לא נתן שטר חליצה יכולין לעשות הרחקה זו. דהא מדברי הרמ"א שכתב בסי' קנ"ד סעיף כא לעשות הרחקה זו אף בגט מוכח דלא הוי כפיה, ואם כן אפילו לא נתן שטר חליצה נוכח לעשות הרחקה זו דלא מקרי כפיה". ועיי"ש בהמשך דבריו של הטיב חליצה, שבאר נפקא מינה אחרת בשטר החליצה, והיא האם לאחר החליצה קיימת על החלוצה החובה לשלם ליבם תמורת החליצה כפי שהתחייבה. אך מבואר בדבריו, שבהרחקות דר"ת שאין בהם משום כפיה, ניתן לנהוג בכל גוונא.

נראה לבאר את דברי הב"ש עפ"י דרכו של מהר"ם פדוואה שהרמ"א בסי' קסה הלך בדרכו. ונקדים את דברי מהר"ם פדוואה בסוף סי' כג שבאר מהי התועלת בכתיבת שטר החליצה. ח"ל – "מאחר שנשתעבד בשטר בחרם חמור לחלוץ לה, א"כ לדידיה מוסף על אשר מנהגינו כהני גאונים דפסקו דמצות חליצה קודמת, נתוסף על כמר נתן זה, הקשר החזק שנשתעבד לחלוץ בחרם חמור, ולכוונה זו נוהגין לעשות שטרי חליצות כדי שלא יבאו בטענה לאמור קים לי כהני דפסקו מצות יבום קודמת, א"כ נראה שחייב לקיים אשר נשתעבד".

שלוש נקודות התבאר בדברי מהר"ם פדוואה -
 א. מנהגינו כדעת הפוסקים שמצות חליצה קודמת.
 ב. ניתן לטעון קים לי כמ"ד מצות יבום קודמת.
 ג. לאחר שנכתב שטר חליצה אין מקום לטענת קים לי, והתועלת בכתיבת שטר זה היא שלא יוכל לטעון קים לי והוא נשאר מחוייב למה שנשתעבד בשטר.
 לפי זה מבוארים דברי הב"ש, דודאי גם הב"ש מסכים למה שכתבנו לעיל שאין עושין הרחקה דר"ת אלא כדי

חפצה בו, אין לכופו לא בישראל ולא בגוים, אך אם נחבש בידי גוים בשביל מס או דבר אחר, יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר, ואין זו כפיה כיון שאין עושין לו דבר כי אם למנוע מלעזור לו ע"כ. הרי דר"ת עצמו שהמציא תיקון זה דהרחקה כתב דיכולים לומר שלא נעזור לך אם לא תגרש, מטעם דלא הוי כפיה מאחר שאין עושין לו רע, אלא מניעת הטובה. והוא הדין והוא הטעם לתיקון ההרחקה, דאף אם אומרים לו שמה שמרחיקים אותו הוא כדי שיגרש או יחלוץ שפיר דמי. ואין ספק אצלי שאילו היו רואים מהרשד"ם והנילוים עמו תשובת מהריק"ו הללו, לא היו מזהירים שלא לומר שהוא כדי לחלוץ. וכן בד"ן, שאם איתא שיש הקפדה כשאומרים לו שהוא כדי שיחלוץ, גם בסתם יש להקפיד, שהרי בסתם נמי הרי הוא כמפורש, דמי לא ידע דמה שמרחיקים אותו הוא על מה שמסרב לחלוץ דמה יום מיומיים ומה גבר מגוברין, אלא ודאי דגם במפרש שההרחקה היא כדי שיחלוץ אין קפידא."

אמנם בספר פני משה (להג"ר משה בבנישתי ז"ל) ח"ב סי' כו הביא מדברי התשב"ץ שהביא הב"י אה"ע סי' קלד שכתב "יש אונס אחר שאע"פ שאונסו בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונסו על דבר אחר והוא מעצמו כדי להנצל מאותו אונס מגרש מעצמו, וזה אינו קרוי כפיה כיון שלא כפו אותו ממש להוציא", וכתב על זה הפני משה – "ההיא דהרשב"ץ הוי כשהמגרש מעצמו הוא שברר הגירושין מפני שידע שעל ידי כך ניצול, אבל אם האנס יאמר לו אם תגרש אציל אותך מהתפיסה, אע"ג דאעיקרא דדינא לא נתפס בעד הגירושין, בהא ודאי גט בטל הוא."

אך בספר משאת משה (להג"ר משה ישראל ז"ל) ח"ב חו"מ סי' לו דחה דברי הפני משה, ותמה – "מנא ליה להרב ז"ל דהרשב"ץ איירי בהכי, דאם קבלה נקבל, ואם לדין יש תשובה. דאי מ"ש הרשב"ץ ז"ל והוא מעצמו כדי להנצל מגרש כו' דייק הרב דבהכי דוקא איירי, הא ודאי לא מכרעא, דכל שלא על ידי כפיה בגט עצמו, קרי ביה מאליו ומעצמו, כיון דלא נעשה עמו דבר פרטי על נתינת הגט ... דלא חשיב אונס כיון דסוף סוף בדידיה תלי והוא הבוחר בגט מדעתו. ובהדיא כתב רבינו תם הביא דבריו מוהריק"ו והרב המב"ט בח"א סי' כ"ב דודאי אין לכופו על הגירושין, אך אם נחבש בידי גוים על המס וכיוצא יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר התפיסה אם לא תגרש אשתך בגט כשר, ואין זו כפיה אלא מניעה מלעזור לו ע"כ. הרי מפורש יוצא דאפילו יאמר האנס וישנה אין בכך כלום, דהרי מ"ש שלא יעזבהו להתיר ע"כ מי שבידו להציל הוי ואפילו אנס גופיה הגורם לו התפיסה. גם ממאי דיהיב טעמא דאין זו כפיה אלא נמנע מהעזרה וההצלה איכא למישמע דאפילו באשתו אמרו ולא חשיב אונס כי לא רצתה לעזורו בכך. גם נידון המב"ט ז"ל איירי בהכי דאמרו לו אם תרצה לצאת תגרשנה ואנו ואשתך נפרע לאומות, נראין הדברים דאשה גופה מתרצית

ככפיה. ועוד קשה אם בנסיבות אלו שאומרים במפורש שההרחקות הן כדי שיחלוץ יש בהן כפיה. גם אם הדבר לא נאמר לו שמתרחקים ממנו עד שיחלוץ, עכ"פ אין בכך כל מעליותא, שהרי ברור ליבם ולכל אדם שלמעשה הרחקות אלו הוטלו עליו כדי שיחלוץ, ומה אכפת לנו אם הדבר נאמר בפירוש, או שהדבר ידוע וברור לכל גם בלא שהדברים נאמרו בפירוש. וכסברא שכתב בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו (ד"ה ולא דוקא) – "אבל גיטא כל שאנסו לו בממון סתם ושוב מתרצה האנס בגירושי אשתו כיון דזווי לא תלו בגירושי דאטו גרושי אשתו של הלה מייתי זווי, הילכך אומדנא דמוכח דבעקיפין קא אתו עליה. ואע"ג דאין מזכירין לו גט כלל, כמאן דמנקטיה בכובסיה כי היכי דלישביקיה לגלימא דמי, דאי קא מהדרי אזווי היאך נתרצו בגירושיין."

ומסתימת הפוסקים שהביאו הרחקות דר"ת משמע דלא ס"ל כמהרשד"ם בזה, ויש לציין שבשו"ת מהרשד"ם (חלק אה"ע סימן עא), שממנו מקור דברי הב"ש, לא כתב כפי שהובא בב"ש שאם יאמרו לו שעושין הרחקה עד שיחלוץ שיש בזה משום כפייה, אלא רק הורה שלא יאמרו לו כן.

ועוד קשה, מצינו בפירוש בסמ"ק שכתב להדיא שיכולים לומר לו מדוע מתרחקים ממנו, וז"ל הסמ"ק בסי' קפה – "אומרים לו אם לא תשמע לחלוץ נשים חרם בינינו להבדל ממך עד שתחלוץ". דברי הסמ"ק הובאו במהרי"ק שרש קב.

וכן בספר האגודה במסכת כתובות פרק המדיר כתב בסוף סי' קז – "וכל הני דקתני יוציא ויתן כתובה ולא קתני כופין, לא כייפינן אלא בדברים ולא בשמתא. אבל הרב רבינו ברוך אמר בשם רבינו תם דנוכל לעשות שנקבל עלינו בגזירה שלא לישא וליתן עמו עד שיתן גט, אבל לנדותו לא", עכ"ל. מבואר שאנו קובעים בפירוש הרחקה זו עד שיתן גט.

וכן בשו"ת בית דינו של שלמה (לרבי שלמה לאנייאדו ז"ל) חלק אה"ע סי' א' כתב לתמוה על מש"כ מהרשד"ם שלא יאמרו לו שמתרחקים ממנו עד שיחלוץ אלא יתרחקו בסתם. וז"ל – "ותמהני עמ"ש תנאי זה, שהרי מרא דהאי שמעתתא הוא הסמ"ק וכתב להדיא שאומרים לו אם לא תשמע לעצתינו לחלוץ נשים חרם בינינו להבדל ממך עד שתחלוץ עכ"ל. הרי שאמר ליה בפירוש שבשביל החליצה עושים לו הרחקה זו". (ומש"כ שם לישב צ"ע עיי"ש).

וכן בשו"ת מהר"ם גאוזון סי' מב בתוך דבריו שכתב בביאור דינו של ר"ת כתב בלשון זו – "אפילו בטוענת טענת מאיס עלי דס"ל דאין כופין וחשיב גט מעושה שלא כדיון, אפ"ה כתב שאין זה קרוי כפיה, ויהיב טעמא דאיהו הוא דאניס לנפשיה ולא אנן כייפינן ליה. ואפילו שאנו אומרים בפירוש שהוא בנידוי עד שיגרש ויתיר את אשתו, אפ"ה קאמר דלאו כפיה איהו."

וכן בשו"ת צל הכסף חלק אה"ע סי' יג בסוף התשובה כתב בלשון זו – "ואישתמיט מינייהו דמהרשד"ם והנמשכים אחריו, מה שכתב מהריק"ו בשרש קל"ה וקס"ו שמצא בשם ר"ת וז"ל גם אומר ר"ת שאם קדש אשה ולבסוף אין האשה

וכל אונסא דנפשיה יש ביד אחרים להצילו מ"מ חשיב אונס דנפשיה".

דברי החזו"א שהעלה ספק זה טעונים ביאור, דהתייחס אילו היינו מוצאים הרחקות אלו רק בדברי הרמ"א בסי' קנד שפסק הרחקה זו באותן שנאמר בהן יוציא ויתן כתובה, אז היה מקום להסתפק האם יש בהרחקות אלו משום כפייה כלשהיא, דהא עסקינן באותן שאפשר לכפותם במילי. אך מאחר שהמקור להרחקות אלו הוא בתשובת ר"ת, וכפי שהובא בב"י סי' קלד, ותשובה זו עוסקת במורדת האומרת מאיס עלי, שלר"ת אין כופין אותו כלל ואפילו לא במילי, וכמו שהובא לעיל מהשטמ"ק בשם ר"ת, בהכרח שלא יתכן לומר שיש בנקיטת הרחקות אלו משום כפייה כלשהיא.

לכן נראה דנקטינן כמסקנת החזו"א שאין בהרחקות אלו כפייה כלל, ולכן גם במקום שעשו הרחקות אלו שלא כדין הגט כשר. וכן כתב בפשיטות בשו"ת צל הכסף אה"ע סי' ה' (דף כה), וז"ל - "אנן בדין דלא אתינן עליה דראובן זה אלא לעשות לו הרחקת ר"ת, דהוליד דבר זה כדי שמתוך כך יגרש מרצונו, והורה לעשות הרחקה זו אף היכא דאין הדין נותן לכופו לגרש, דאין הגט הניתן על ידי הרחקה זו הוא גט מעושה, וגט כשר הוא אף שאין הדין נותן לכופו, ... אם על ידי הרחקה זו יגרש ראובן זה לא הוא גט פסול. ולא ראינו לשום אחד מהפוסקים דפוסל גט הניתן על ידי הרחקה זו, אף במקום שאין הדין נותן להרחיקו כלל". וכן בספר אגרות משה אבן העזר חלק א סי' קלז כתב במסקנת דבריו - "נמצא שלר"ת אף אם היה שלא כדין, בעובדא דידן נמי הוא גט".

הרחקות בשב ואל תעשה אינן כעישוי

יש לבאר מדוע אין בהרחקות אלו משום כפייה, הרי יש בנקיטת הרחקות אלו משום לחץ חמור על הבעל לגרש, ומדוע אינו נידון כלחץ של מלקות או אונס ממון. ר"ת בתשובתו כתב לבאר ההיתר לנקוט הרחקות אלו, בלשון זו - "בזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו".

ובמהרי"ק שרש קב הובאו דברי ר"ת בלשון אחרת, וז"ל מהרי"ק - "בזה אין כפייה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום, והוא לא ילקה בגופו מתוך נדוי זה, אך אנו נתפרד מעליו עכ"ל הגאון רבינו יעקב שהשיב על הטוענת מאיס עלאי".

מבואר מדברי ר"ת שיסוד ההיתר לנקוט הרחקות הוא מפני שאין אנו פוגעים בבעל עצמו אלא אנו נמנעים מלהטיב עמו ונפרדים ממנו.

ובהגמ"ר במסכת גיטין סי' תסט כתב - "עוד אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה ואינה חפיצה, אין לכופו לא בדיני ישראל ולא בעובדי כוכבים שיגרש. אך אם נתפס עבור מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזור לך לצאת מתפיסתך עד שתגרש, דאין זו כפייה דאין עושין לו דבר רק שנמנעים מלעזור לו".

בכך ועכ"ז דימה הרב נידונו לתשובת התשב"ץ. ואף גם זאת דבאותו נידון הממונים עצמם אינהו אנסי ליה על הדבר האחר דמדינא הוי, והם בעצמם האומרים אם תגרש נוציא אותך ממאסרך, והסכימה דעתו ודעת עליון מוהרי" בי רב ז"ל דשפיר דמי, והכי מתבאר מדברי הריב"ש סי' קכ"ז יע"ש. ועוד בה דבהדיא כתב מהריק"ו שרש קס"ו על מה שהסכים לומר דמניעת ההטבה לא חשיבא אונס, ומטי בה מצדקיהו דמגנו ביה דהפר ברית השבועה, והלא שבועה באונס היתה דאם לא ישבע לא יתירו ממאסר, אלא ע"כ בכה"ג אין אונס, כיון דלא עושה עמו רעה אלא מניעה כו', והרי התם בהכי איירי כי האונס עצמו אמר אליו השבע ובכך אני פוטרך ואפ"ה הכתוב מגנהו, ולפי דברי הרב פני משה צ"ל דפליג הרשב"ץ לכל הנצבים עליו ... מה מקום למישוי פלוגתא ביני רבוותא על מגן ... ואפילו נימא דהכי דעת הרשב"ץ, הן רבים אשר אתנו הסוברים דלא שנא ואליהם שומעין, וצדקיהו יוכיח".

פרק ב'

ביאור דינו של ר"ת שפסק הרחקות במאיס עלי - הרחקות אינם ככפייה לגרש

ראשית יש לקבוע שאין בנקיטת הרחקות אלו משום כפייה כלל, כמבואר בלשונו של ר"ת שכתב בתשובתו בספר הישר - "בזה אין כפייה עליו" כו'.

וכן במהרי"ק שרש קלה כתב - "דלא חשיב ליה כפייה". וכן בשו"ת בנימין זאב סי' פח הביא תשובת רבינו יו"ט שהביא את תשובת ר"ת, וז"ל - "כאשר השיב גדול אחד בתשובה המתחלת מקול מחצצים והשיב לשלשה גדולי הדור, לרבינו שמואל ולרבינו אליהו ולרבינו משולם, וכתב שכל ההכרחות יעשו לו שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר ולא יקברוהו אם לא יגרש מרצונו בגט כשר על פי חכמי עירו. כי אין זה כפייה לדעת ר"ת".

מבואר שבהרחקות אלו אין כפייה כלל וכ"כ בספר סדר אליהו וטיב חליצה הנזכרים, וכן כתב בשו"ת ושב הכהן סי' נה וז"ל - "שיכולים לגזור עליו שלא לישא וליתן עמו וכיוצא, משום דשם לא הוי כפייה על הגירושין, אלא משום שעובר על דברי חכמים מענישין אותו בכך ... ולכן שפיר שמענישין אותו משום שעובר על דברי חכמים ויכולם לגזור עליו שלא לישא וליתן עמו וכיוצא בזה כי לא מקרי כפייה".

ועיין בחזו"א (חלק אה"ע סי' קח ס"ק יב) שדן האם הרחקות אלו שהביא הרמ"א סי' קנד סכ"א נידונות ככפייה מסויימת, שאם כפוהו ונקטו כנגדו הרחקות אלו שלא כדין, במקום שלא נאמר לעשות הרחקות אלו האם הגט פסול, ובסוף דבריו כתב החזו"א - "ואפשר דאפילו מעושה שלא כדין בכה"ג כשר, דחשיב אונסא דנפשיה שאין עישוי ואונס אלא במעשה ולא בשב ואל תעשה אף שהן חייבין בטובתו,

וכן בשו"ת סדר אליהו סי' יג שהבאנו לעיל כתב לבאר ההיתר לנהוג בהרחקות אלו, וז"ל – "הרחקה זו אינה שום רדוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האישה ההוא. וכל כי האי אין אנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן אלא אנו רשאים בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצוין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישוּב מדרכו הרעה וכדי להציל העניה העשוקה מידו. באופן דהרחקה זו חלוקה מהנידוי וכיוצא בשני צדדים הראשון דהנידוי וכיוצא בו הוא רדוי בגופו וההרחקה הוי בחוץ מגופו. והשני דזה רעה בפועל וזה במניעת הטובה ממנו".

האפשרות לצאת למקום אחר

בפוסקים הוסיפו עוד טעם לבאר מדוע אין בהרחקות אלו משום כפיה על הבעל.

מהרי"ק שהביא את תשובת ר"ת כתב – "בזה אין כפיה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום, והוא לא ילקה בגופו מתוך נדוי זה, אך אנו נתפרד מעליו".

ובלבוש סי' קלד ס"י שפסק הרחקות דר"ת באומרת מאיס עלי כתב – "בזה אין כפיה עליו שאם ירצה לא יגרש וילך למקום אחר במקום אשר לא יבדלו ממנו. והוא לא ילקה בגופו מתוך נדוי זה, ואין עליו שום עונש, כי אין החרם חל עליו כי אם עלינו אם לא נתפרד מעליו".

וכן בביאור הגר"א באה"ע סי' קנד ס"ק סז כתב – "דיכול להנצל מזה לילך לעיר אחרת, וכל שאין עושין לו מעשה בגופו לאו עישוי מיקרי".

וכן בשו"ת מהרשד"ם חלק יו"ד סי' קלב הזכיר בתשובתו שם בדרך אגב את דינו של ר"ת בספר הישר וכתב שאינו נחשב לכפיה מאחר שיכול לצאת למקום אחר, וז"ל מהרשד"ם – "דמי למה שכתב ר"ת על אותם שאין כופין אותם לגרש שגם אין כופין אותו ע"י נדוי, אבל כתב הר"ם הכהן בשם ר"ת שנוכל לעשות שנקבל עלינו גזרה שלא לישא וליתן עמו עד שיגרש. והיינו טעמא דלא מיקרי זה שאנו כופין לפי שיכול לילך למקום אחר".

ויש מקום להקשות בזה שתי שאלות. ראשית, אם אמנם כל מה שהוא בדרך של שב ואל תעשה אינו נידון כעישוי, מזה איכפת לן שלא יוכל לצאת למקום אחר.

יתירה מזו יש להקשות, ר"ת פסק את דינו בשני מקרים של מאיס עלי, הפסק האחד הוא בתשובתו שבספר הישר שיש מקום לנקוט הרחקות, והפסק השני הוא מה שהביאו הראשונים בשם ר"ת בבעל האסור בבית האסורים ומבטיחים לו שישתדלו לשחררו אם יתן גט, מאחר שאם אינו נותן גט, אנו רק מונעים ממנו טובה אין זו כפיה. והנה, אמנם בהאי דינא דהרחקות דר"ת יש לו אפשרות להימלט ממה שאנו אונסים אותו במניעת הטובה ויכול ללכת למקום

מבואר מדברי ר"ת שאם נמנעים בשב ואל תעשה אין לדון זאת לכפיה הפוסלת את הגט. ומצינו בשו"ת בנימין זאב סימן פח שהביא תשובת אחד מהראשונים רבינו יו"ט, שמתוך דבריו עולה שזהו הביאור בדינו של ר"ת שאפשר לנקוט הרחקות במאיס עלי.

ח"ל שו"ת בנימין זאב – "מצאתי בקונדרס ישן משם רבינו יום טוב וז"ל ... השיב גדול אחד, בתשובה המתחלת מקול מחצצים, והשיב לשלשה גדולי הדור, לרבינו שמואל ולרבינו אליהו ולרבינו משולם, וכתב שכל ההכרחות יעשו לו שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר ולא יקברוהו אם לא יגרש מרצונו בגט כשר על פי חכמי עירו, כי אין זה כפיה לדעת ר"ת. שאם קדש אדם אחד מישראל בת ישראל כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה רוצה בו, מן הדין אין לכופו ואין לעשותו לא בישראל ולא בגוים ואחר נתפש בגנבה ונחבש ביד גוים על ידי ממון או ע"י נפשות ויש כח בגדולי הארץ להועיל לו אצל המלכות להקל מעליו או לפוטרו משם ואומרים לו לא נשתדל לך ולא נדבר לגוים עליך לא להרע ולא להיטיב אם לא תגרש אשה זו שקדשת, ונתרצה מאימת הגוים שלא ידינהו לרע וכתב גט לאשתו ונותנו ואומר רוצה אני, נראין הדברים שהוא כשר. ויש ללמוד דבר זה מתשובת ר"ת אם לא יפוחו ממש לאוסרו במקום שהיה עד שיתן גט, אבל אם עומדים בעצמם מלעזור לו לצאת אין זה כפיה עכ"ל התשובה".

מבואר מדברי רבינו יו"ט שתשובה זו של ר"ת בספר הישר (המתחילה בלשון זו "מקול מחצצים") מיוסדת על שיטתו העקרונית הבאה לידי ביטוי בתשובה בענין בעל הכלוא בבית הסוהר, שאין לחוש לכפיה בדברים הנעשים בשב ואל תעשה וכגון מניעת הטובה.

וכן בשו"ת מהרי"ק שרש קלג הביא את שיטת ר"ת שאם אין מעשים אותו בקום ועשה אלא בשב ואל תעשה ומונעים ממנו טובה אינו נחשב כאונס.

ובשו"ת צל הכסף חלק אה"ע סי' ו' (דף לו) כתב – "דין זה דמניעת הטובה דלא חשיב אונס, למדו מהרי"ק מדברי ר"ת שנתן תיקון אחר לטענת מאיס עלי, דכתב דאף דמדינא אין לכופו לגרש, אם נחבש ביד גוים מפני המס או דבר אחר דיכולים לומר לו, לא נעזור אותך להוציאך ממאסר אם לא תגרש, ואין זו כפיה כיון שאין עושים לו שום רע כי אם למנוע מלעזור לו. ומזה לומד מהרי"ק דמניעת טובה לא חשיב אונס אפילו במקום מצוה, שהרי בנדון דר"ת היו חייבים הציבור לעזור לו להוציאו מבית האסורים דמצוה קעבדי, ועכ"ז אמר דיכולים למנוע מלעשות מצוה ולא חשיב אונס יע"ש. והנה דין זה דמהרי"ק הביאו מהריב"ל בח"ג סי' כח ונסתייע ממנו, ועיין כנה"ג ח"מ סי' כה הגהט"ו ס"ק יב ובמט"ש שם הגה"ט ס"ק יח עד ס"ק כב שציינו להקת הפוסקים דפסקו כמהרי"ק הרי דסברת מהרי"ק הנובעת מדברי ר"ת דמניעת טובה לא חשיב אונס קבלוה בסבר פנים יפות כל האחרונים, והוא הדין והוא הטעם לעשות לו הרחקה דר"ת".

וכן בשו"ת מהר"ם גאויזון סי' מב הביא את דינו של ר"ת בספר הישר וכתב בביאור דבריו וז"ל – "אפילו בטוענת טענת מאיס עלי דס"ל דאין כופין וחשיב גט מעושה שלא כדין, אפ"ה כתב שאין זה קרוי כפיה, ויהיב טעמא דאיהו הוא דאניס לנפשיה ולאן אנן כייפינן ליה. ואפילו שאנו אומרים בפירוש שהוא בנידוי עד שיגרש ויתיר את אשתו, אפ"ה קאמר דלאו כפיה איהו, דמשמע דס"ל דלא מיקרי כפיה כי אם בגופו, אם על ידי גוים אם ע"י ישראל, עד שיגרש וכל אונסא דמנפשיה הוא אינן פוסלין את בגט".

הרי מפורש בדברי מהר"ם גאויזון ובחזו"א שהשיקול של אונסא דנפשיה הכרחי בביאור שיטת ר"ת, והיינו מפני שלולי האפשרות שלו לצאת למקום אחר, הוא נחשב כאונס, בכך שבסופו של דבר לקה בגופו.

לעיל הבאנו סברת רבותיו של מהריב"ל שחשו לומר שהרחקות אלו חמורות מכפיה, והבאנו תמיהת הסדר אליהו על דבריהם. ולפי דברינו אלו יתבארו דבריהם. הסברא בפסק רבותיו של מהריב"ל היא שמאחר שהאפשרות לעבור למקום אחר הינה אפשרות קשה מאד, שוב אינו נחשב לאונסא דנפשיה.

וכעין זה כתב בשו"ת צמח צדק (החדש) אה"ע סי' רסב ס"ק יב, וז"ל - "ר"ת עצמו הרחיק הכפיה הזאת בכל עז, עכ"ז התיר לעשות לבעל הרחקה עצומה עד שיגרש ... אף שטעמו שאין זה קרוי כפיה שאם ירצה ימצא לו מקום כו', הנה להיות גולה ומטולטל ממשפחתו ומעירו דבר גדול הוא, והרי זה חשוב ניסיון באברהם אבינו כשנאמר לו לך לך כו', ולכן מהריב"ל ח"ב סי' עט וח"ג ססי' קא כתב שלא ראה לרבני הדור שעשו מעשה לפי שהרחקה קשה עכשיו מן הנידוי ואם הנידוי הוי ככפיה כ"ש ההרחקה".

מסקנת הדברים

קיימים שני תנאים על מנת שהצעדים שננקטו כנגד הבעל לא יחשבו כאונס. ראשית, כל מה שנעשה הוא בגדר מניעת הטובה בלבד. ושנית, היוזמה שאנו נוקטים למנוע ממנו טובה זו אינה מביאה אותו בסופו של דבר שילקה בגופו. אך אם קיימת בפניו האפשרות לצאת למקום בו לא יורחק ולא ילקה בגופו, ובוחר להשאר במקומו וללקות בגופו, נידון כאונסא דנפשיה ואינו אונס.

חילוק בין לוקה בגופו ללוקה בממונו

נראה דמגוף תשובת ר"ת מוכח חילוק עקרוני בין מצב בו בעקיפין הבעל לוקה בגופו עקב ההרחקות, למצב שבו בעקיפין הוא לוקה בממונו בלבד עקב הרחקות אלו, שהרי אם הבעל אינו מחזיק מעמד להיות מורחק ועוקר לעיר אחרת, נגרמות לו הוצאות כספיות כבדות, או אם נשאר במקומו ואינו יכול לשאת ולתת עם בני קהילתו, ללא ספק שבסופו של דבר הוא ניזוק נזק כבד, ואפ"ה לא חשו לכך. והיינו שהתוספת שהיתנו שיוכל להימלט מהאונס, היינו

אחר ששם לא ינהגו בו הרחקות אלו, אבל בנידון שבתשובה השניה בבעל אסיר, הרי אין לו אפשרות להנצל מהאונס, ולהימלט למקום בו לא יאנס על ידינו במניעת הטובה, ואינו יכול לצאת אא"כ שאנו נשתדל עבורו, ואפ"ה כתבו שאינו נידון כאונס. הרי שזהו דבר פשוט שכל שאנו מונעים ממנו טובה בשב ואל תעשה אין בזה משום אונס, אף כשאין לו דרך להנצל מהלחץ שאנו לוחצים אותו. וא"כ מדוע בהרחקות דר"ת כתבו הפוסקים שיש צורך שתהא לו אפשרות לצאת למקום אחר.

וביישוב הלכה זו יש להקדים ולציין חילוק יסודי בין שתי תשובות של ר"ת. בנידון בעל אסיר, עצם המאסר הושת עליו על ידי אחרים בלא כל קשר לגירושין, ויעויין בחזו"א סי' סט ס"ק כג (ד"ה והח"ס) שכתב – "התם אין העכו"ם אומרים לו לגרש". ואם נמנע מלהיטיב עמו ונמנע להשתדל בשיחורו, הוא בסופו של דבר הוא נשאר במעמדו הקודם כאסיר בבית הסוהר, מאסר שאינו עקב אי מתן הגט. משא"כ בנידון תשובת ר"ת בספר הישר, שם המצב הקשה אליו נקלע הבעל עקב ההרחקות, נבע מתוך יוזמה שלנו בעקבות סירובו לתת גט. אמנם הענין נגרם על ידינו רק בעקיפין, אך בסופו של דבר הכל בעקבות יוזמה שלנו, יוזמה הנובעת מכך שהבעל סרב לתת גט.

ועל כן, הלכה זו שמניעת הטובה אינה נחשבת כאונס, נלמדת מתשובת ר"ת בענין בעל אסיר, ומה"ט גם ההרחקות שקבע ר"ת בתשובתו בספר הישר אינן כאונס, וכולם בגדר מניעת הטובה בלבד. אך באותו נידון שבספר הישר, מתברר שבעקיפין הבעל לוקה בגופו. כגון אם הוא חולה אין מי שיבוא לרפא אותו, ואין מי שמעסיק אותו בעבודה כלשהיא, כך שהבעל עשוי להגיע לחרפת רעב. ומאחר שמצב זה הבעל עלול ללקות בגופו, נגרם כתוצאה מיחזמה שלנו הבאה עקב סירובו לתת גט. על כן במידה שאין לו אפשרות להימלט ממצבו הנוכחי ולהגיע למקום שבו לא יורחק, יחשב כאונס לתת גט.

דרך זו שכתבנו בביאור שיטת ר"ת מדויקת בלשון מהרי"ק שרש קב. מהרי"ק בתוך דבריו שהביא את תשובת ר"ת בספר הישר כתב בלשון זו – "שאם ירצה ימצא לו מקום, והוא לא ילקה בגופו מתוך נדוי זה", מבואר שהצורך בכך שיוכל למצוא מקום אחר הוא כדי שלא ילקה בגופו מתוך נדוי זה, אך אם קיימת בפניו אפשרות להגיע למקום שבו לא יורחק, ואף על פי כן בחר להשאר במקומו, הרי שהאונס הזה שהבעל לוקה בגופו נידון כאונסא דנפשיה, ואינו נידון כאונס, כמבואר בב"י אה"ע סי' קלד בשם תשובת הרשב"ץ ח"א סי' א'.

וכן החזו"א (אה"ע סי' קח ס"ק יב) כתב בביאור סברת ר"ת, וז"ל – "דחשיב אונסא דנפשיה, שאין עישוי ואונס אלא במעשה ולא בשב ואל תעשה אף שהן חייבין בטובתו, וכל אונסא דנפשיה יש ביד אחרים להצילו מ"מ חשיב אונס דנפשיה".

את הרשיון, זוהי החלטה שמכאן ולהבא אינם מסכימים להרשות לנהוג בלחודג בכלי רכב.

אילו בעת קבלת הרשיון הנהוג זכה בזכות ממון, במסגרת הרחקות דר"ת היה ניתן למנוע חידוש הרשיון לאחר שיפוג תוקפו בלבד, אך לא לשלול את הרשיון באמצע התקופה. אך מאחר שאין כאן זכות ממון שהנהגת תפוס בה, אין בשלילה משום מעשה של פגיעה ישירה ברכושו ובממונו של הבעל, והשלטון רשאי לקבוע שמכאן ולהבא אינו חפץ להרשות לבעל לנהוג, ואינו נזקק לבקשתו לאפשר לו לנהוג.

כדוגמא לכך להלן תשובת הנודע ביהודה מהדור"ת חלק ח"מ סי' מא שכתב בדבר פשוט שרשיון לזכות מסויימת היא דבר שאין בו ממש, וז"ל - "מה ששאל על עסק פאמיליע הנהוג במדינה זו, דהיינו שיש קצבה לעיר כמה בעלי בתים יהודים רשאים לדור שמה, וכל בן ראשון יש לו זכות בזה. ונהוגים שזה יכול למכור זכויותיו ליהודי אחר וזה פונה מעיר והאחר זוכה לדור שמה. ושאל אביך הרב במה נקנה, אם דינו כקניין מטלטלים או כקניין קרקע. ודעו כי לדעתנו ע"פ דין תורה לא שייך בזה שום קניין ואין מקום למכירה שתחול בזה, שהרי הוא דבר שאין בו ממש. דאטו יש לשום אדם זכות בקרקע של העיר אם אין לו בית או שדה והרי אין לו רק זכות לדור. ומוכר דירת ביתו יוכיח, שאם אמר דירת בית זה אני מקנה לך לא מהני, וצריך להקנות לו הבית לדור בו כמבואר בסימן רי"ב סעיף א'. ובנדון זה מה קניין יש לזה בגוף העיר שיקנהו לאחר. אבל כיון שנהגו כן צריך לומר שזה מסלק נפשו מזכות שיש לו, וממילא זוכה בו האחר ע"פ דינא דמלכותא, ואין כאן קניין רק סילוק, וגם על זה יש לפקפק אלא שכבר נהגו".

אמנם תשובת הנודע ביהודה עוסקת בדיני קניינים, אך עולה ממנה שרשות של המלכות למגורים היא דבר שאין זו ממש, ובתוך דבריו כתב הנודע ביהודה "בנדון זה מה קניין יש לזה בגוף העיר שיקנהו לאחר", מבואר שהרעותא אינה מפני שלא נמצאה דרך למצוא קניין מתאים, אלא הבעיה יותר יסודית והיא שמלכתחילה אין למוכר שום קניין ממשי בדבר כל שהוא.

אמנם בהרחקות של ר"ת הכל נעשה בדרך של מניעת הטובה בשב ואל תעשה, וכאן אנו שוללים בקום ועשה את הרשיון, אך הקפידא שהכל יעשה בשב ואל תעשה היא רק כשאנו פוגעים בבעל בגופו או בממונו ממש, משא"כ כשנפגע דבר שאין לבעל זכות ממון בו, הרי שפעולת השלילה אינה מעשה שבמהותו היא פגיעה בבעל או בממונו, אלא ההחלטה היא רק אצלינו, שאנו מחליטים להפסיק להרשות לו לנהוג, וזו כעין ההחלטה שהציבור מחליט להמנע מלהכנס לביתו ולחנותו של הבעל, שלמרות שמחליטים להפסיק נוהג מסויים, אין בכך משום כפיה ואונס. גם בנדון זה, מחליטים להפסיק ההרגל שהורגלו להרשות לבעל לנהוג.

לענין אונס הגוף שלוקה בגופו עקב הרחקות אלו, משא"כ לענין הפסד הממון הנגרם לו בעקיפין, הפסד ממון שלא יוכל להימלט ממנו, שהרי גם אם יצא למקום אחר יגרמו לו הוצאות ממון בעצם המעבר, ואפ"ה אינו נידון כאונס.

וכן מדויק מלשון מהרי"ק שהבאנו לעיל שכתב "שאם ירצה ימצא לו מקום, והוא לא ילקה בגופו מתוך נדוי זה", דהקפידא היא רק שלא ילקה בגופו.

ועיין בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' רסב אות ג' שדן באריכות בשאלת אונס ממון, והעולה מדבריו שאין הכרח בגמרא שאונס ממון יחשב אונס, ואף יש מקום לומר שדעת התשב"ץ ורבינו ירוחם דאינו נחשב אונס. ואמנם להלכה נקטינן כשיטת רוב הראשונים שנקטו לדונו כאונס, עכ"פ אין הכרח שהגדרים של אונס ממון שוים לגדרי אונס הגוף. ומאחר שבתשובת ר"ת מוכח החילוק בין אונס ממון לאונס הגוף, בכה"ג שהכל נגרם רק בעקיפין מפני שאנו נפרדים מעליו, לענין אונס גוף שמייה אונס, ולענין אונס ממון לא שמייה אונס. ומאחר ותשובה זו של ר"ת מוסכמת להלכה, וכמו שנתבאר לעיל באריכות, ולא מצינו מי שיחלוק עליו, על כן גם להלכה למעשה נקטינן דכל עוד ההפסד ממון נגרם לבעל בעקיפין לאחר שאנו נפרדים ממנו, אף שאין לו דרך להנצל מהפסד זה, אינו נחשב כאונס הפוסל את הגט.

פרק ג'

האם שלילת רשיון נהיגה היא בכלל הרחקות דר"ת

נראה ששלילת רשיון הנהיגה יכולה להיות אחד מהאמצעים הניתנים במסגרת הרחקות דר"ת, ראשית יובהר, בשלילת רשיון הנהיגה אין אנו נוטלים ממנו את רכושו, והוא זכאי להשתמש בכלי הרכב כשאחר נוהג בו, או למכור אותו וכיוצ"ב, וגם אם לכל אדם יש חלק ברשות הרבים, הרי שזכותו להשתמש ברשות הרבים נשמרת בעת שהולך בה או כשנוסע במכונית כשאדם אחר נוהג בה. אלא נשללה ממנו ההרשאה החוקית לנהוג במכונית, הרשאה שכל נהג מקבל לאחר סיום לימודי נהיגה. כידוע, דינא דמלכותא דינא בכל מדינה בעולם קובע שעל מנת לבצע פעולות מסויימות יש צורך בהרשאה ממשלתית המאפשרת ביצוע פעולה כזו או אחרת. ההרשאה ניתנת על פי קריטריונים קבועים מראש, ומבחינה עקרונית, אף אם הרשאה זו אינה ניתנת, ללא הצדקה, בבחינת הדבר מדיני ממונות על פי דיני חו"מ, אין לראות את השלטון כמי שגול מהאזרח דבר, אלא לכל היותר כשלטון המתנהג בשרירות לב.

אמנם אילו היה הרשיון כנכס וכרכוש ממשי של הבעל, הרי שהיה לחוש בשלילתו משום אונס וכמעשה דפרדיסא (ב"ב מ:). אך לאמיתו של דבר, הרשיון הוא דבר שאינו ממון, אלא מתן רשות לנהוג לנהוג. וכשהממשלה מחליטה לשלול

לדמותו לההיא דשוכר עליהם או מטען דפרק האומנין (דף עה)."

בעיקר השאלה השיב מהרי"ק שראובן אינו כפועל החוזר בו בדבר האבד. וז"ל מהרי"ק - "לע"ד אין נראה לדמותו כלל, דהתם דוקא הוא דשוכר עליהן או מטען משום דנשכרו לו לעשות מלאכתו, וכי הדרי בהו עבדי שלא כדין ... בדבר האבד שכירו דבעל הבית הוא וחייב לעשות מלאכתו ... ומאחר שכן הוא שאפילו פועל בדבר האבד שאין יכול לחזור בו כשהוא חוזר בו ורוצה להפקיע שכירתו שלא כדין, דין הוא שיהא הלה שוכר עליהן או מטען מדינא או מקנסא. אבל הכא בנדון הזה שלא היה ראובן נוטל שום שכר משמעון ולא נשכר לו לעשות מלאכתו, כי הדר ביה אפשר דלאו שלא כדין עבד דנימא שישכור עליו כו'. ואף על גב שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן שמעון הוא דאפסיד אנפשיה דה"ל לאסוקי אדעתא דלמא הדר ביה ראובן".

העולה מדברי מהרי"ק שבכה"ג שראובן הסכים לעשות עבורו פעולה בחינם, אין לדונו כפועל החוזר בו בדבר האבד דקיי"ל דשוכר עליהן או מטען.

בהמשך הדברים המהרי"ק דן האם יש לדון את שמעון כאנוס במתן המעות לראובן, שהרי אם לא היה נותן לו היה מפסיד. ובוזה כתב מהרי"ק - "ועוד בר מן דין ובר מן דין, נראה לע"ד דאפילו אנוס לא חשיב בכה"ג, מאחר שראובן לא כפה שמעון ליתן לו מעות אלא שלא היה רוצה לטרוח בעבורו אם לא יתן לו. ולא דמי להא דתלוה וזבין דהתם כופהו ומכריחו, וכן גבי ההוא מעשה דפרדיסא היה רוצה לכבוש השטר ולגזול לו הקרקע, אבל הכא לא היה עושה עמו דבר אלא שהיה בשב ואל תעשה ולא היה טורח בעבורו. וראייה לדבר שלא חשוב אנוס בכה"ג שהרי ר"ת הפליג לדבר בענין מורדת דמאיס עלאי ואומר שכל הכופה לגרש בטענה זו טועה גמור הוא ומרבה ממזרים בישראל, ואפילו הכי נמצא בשם ר"ת וז"ל גם אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה חפיצה בו אין לכופו לא בישראל ולא בגוים אך אם נחבש בידי גוים בשביל מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר ואין זו כפיה כיון שאין עושים לו דבר רע כי אם מלמנוע מלעזור לו. הרי לך דלא חשיב אנוס מניעות עשיית הטובות. ואף ע"ג דפשיטא דכל אדם מצוה ועומד להוציא ישראל חבירו ממסגר בהיות לאל ידו אפילו הכי לא חשיב אנוס במניעות. הכי נמי לא חשיב אנוס מניעות ההשתדלות, ואפילו את"ל שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו, דלא עדיף מהוציא ממסגר אסיר דלא חשיב אנוס אפילו לענין איסור אשת איש החמור כדפירשתי לעיל".

בשו"ת בית אפרים (מהדו"ת אה"ע סי' עד) הביא דברי מהרי"ק אלו וכתב על דבריו - "מבואר כמ"ש דאף בדבר שהוא חובה מן התורה לעשות ובשב ואל תעשה אינו עושה

וגם אם בעקיפין נגרם לבעל הפסד ממון משלילת הרשיון, לפי המבואר לעיל, אין לחוש שהפסד כזה יחשב לאנוס, גם אם אינו יכול למצוא דרך שלא יגרם לו הפסד זה. אמנם יש מקום לטעון שקיימת מחוייבות של השלטון לאפשר לנהג לנהוג בכלי הרכב, כל עוד הוא כשיר לכך. טענה נוספת ניתן לטעון, והיא שמאחר ועל סמך הרשיון שהנהג קבל למשך תקופה של חמש שנים, הוא הוציא הוצאות, על סמך ההנחה שיהיה בידו רשיון למשך תקופה זו, ומצב זה גורם שעבוד ממון של נותן הרשיון שלא לחזור בו ולמנוע את הרשיון מהנהג, וכדין ערב.

אך מעיון בתשובת מהרי"ק עולה שאין לחוש שמניעת הרשיון תחשב כאנוס. להלן שתי תשובות של המהרי"ק בהגדרת אנוס.

בשרש קסו דן כתב המהרי"ק -

"לא חשיב אנוס כיון שאין עושה עמו רע כי אם נמנע מלהטיב לו. ואין להקשות על דברי ממה שתרץ ר"י (במרדכי שבועות פ"ג סי' תשנ"ז) דהא דלא קאמר (שבת פח.) הדר קבלוה בערבות מואב, דהתם נמי היו יראים מהקב"ה שלא יכניסם לארץ שהיה להם ליכנס לאלתר. ומתוך כך הוכיח רבינו מאיר דשבועה באנוס לאו כלום היא. דאלמא דקרי אנוס מניעת הטובה, כי התם שהיו יראים פן ימנע הקב"ה מלהכניסם לארץ ... דפשיטא דמי שהוא עושה דבר מפני יראתו שלא יטלו את שלו דחשיב אנוס, כדמוכח מההוא מעשה דפרדסא בפרק חזקת הבתים (דף מ). והכי נמי הוה כאלו היה הקב"ה נוטל מהם מה שזכו בו כבר. והיינו דקאמר ר"י שהיה להם ליכנס לה לאלתר, כלומר והוי כאלו זכו בה כבר ומש"ה חשיב אנוס. אבל מי שהוא עושה איזה דבר מפני יראתו שמא ימנע חבירו מלעשות עמו טובה והוא לא זכה עדיין באותה טובה כלל כיוצא בנד"ד, לעד"נ שאין כאן שום אנוס. וזה פשוט וישר אצל כל מבין לפי הנלע"ד ומכח הראיות שהבאתי למעלה".

מבואר בדברי מהרי"ק שיש לחלק בין מניעת טובה בדבר שהמורחק לא זכה בו עדיין, למניעת זכות השתמשות בדבר שכבר זה בו על פי דין, דומיא דירושת הארץ שעם ישראל זכה בארץ ישראל כירושה מיד לאחר שהקב"ה הבטיחם לרשת את הארץ, וכן במעשה דפרדיסא אף שהמחזיק בשדה אונסו בשב ואל תעשה, חשיב אנוס מפני שבכך גזול ממנו את רכושו.

גדר נוסף למדנו מתשובה אחרת של מהרי"ק. מהרי"ק

בשרש קלג נשאל בשאלה הבאה -

"על דבר ראובן שהבטיח שמעון להשתדל בעבורו חנם זולתני ההוצאה, ואחר אשר הוציא הלה את מעותיו והיה הדבר עומד להיגמר חזר בו ראובן מדיבורו ואומר לו שלא יגמור אם לא יתן לו כך וכך. וכן עשה שמעון פייסו בממון כרצונו. ושוב באו מעות ראובן ביד שמעון ורוצה שמעון לעכבם באמרו כי שלא כדין הכריחו לפייסו בממון, האם יש

שיהא סרבן גט וביה"ד יפסוק על שלילת הרשיון, וממילא מעיקרא לא חל שעבוד ערב בנסיבות כאלו, וכעין סברת מהרי"ק בתחילת התשובה, דמאחר שראובן קבל על עצמו לעשות את ההשתדלות בחינם, שמעון איהו אפסיד אנפשיה שלא צפה מראש אפשרות כזו, וה"ה הכא איהו אפסיד אנפשיה אם סבר שהרשיון לא ישלל ממנו גם בנסיבות כאלו, ואינו יכול לטעון לשעבוד כלשהוא בנסיבות כאלו.

ומצאתי בתשובת האבני נזר חלק או"ח סי' לו שפסק שאם אדם הביא לכך שימנע מתן רשיון חוקי לחבירו לצורך היתר פתיחת עסק או פתיחת בית כנסת מטעם העיריה, גם אם נעשה ללא הצדקה, אינו נידון כמזיק את האדם המבקש רשיון, ואינו אלא מניעת ריוח. ומבואר בדבריו שגם אילו היה מקום לדון זאת כמזיק, לולי הצורך ברשיון חוקי. אך מאחר שקיים הכרח לקבל רשיון חוקי, על כן אי מתן הרשיון אינו כמזיק אלא כדין "מניעת ריוח". האבני נזר דן במי שטען כנגד חבירו טענת הסגת גבול בפתיחת בית כנסת, ופעל אצל השלטונות למנוע ממנו קבלת רשיון לפתיחת בית הכנסת. וכתב האבני נזר בסוף תשובתו - "הב"י סובר שכיון שראשון מוחה בשני מלעשות דבר המותר לו, חשיב כמו מזיק. ואין זה, מניעת ריוח לבד. ואם כן בנידון דידן שהשני אינו יכול לעשות בית תפלה בלתי רשות מהממשלה. והוא מחוקי המלכות. והוא בא להשתדל להשיג רשות. כל שחבירו משתדל שלא ישיג נקרא גם כן מניעת ריוח. זה אשר נראה לענ"ד לדינא".

הרי מבואר שבכל פעולה בה נחוץ רשיון חוקי מטעם השלטונות, האדם המונע את הרשיון, אף אם מונעו מכך ללא הצדקה, נידון כמונעו מריוח בלבד ואינו כמזיק בידיים את המונע מהרשיון. אף אם לולי הצורך ברשיון היה זכאי לעסוק בשלו בלא הפרעה, וכל הפרעה היה דינה מזיק.

אמנם בנידון האבני נזר עסקינן ברשיון חד פעמי הנחוץ לפתיחת בית הכנסת. אך גם בכל מקרה שנחוצה הרשאה מתמשכת, אין לדון כמזיק את המונע מלהמשיך את תוקף ההרשאה הקיימת כבר.

שיטת הצמח צדק

נראה שגם על פי דרכו של הצמח צדק בביאור שיטת ר"ת, אין לחוש ששלילת רשיון נהיגה תחשב כאונס. בתשובת הצמח צדק חלק אה"ע סי' רסב סק"ג כתב שההיתר לנהוג הרחקות אלו שכתב ר"ת, נובע מכך שאין בהרחקות אלו אונס גמור אלא מקצת אונס, ומשמע שהצמח צדק הבין שהסברא של שב ואל תעשה, באה להבהיר שמאחר והפעולה שאנו נוקטים היא בשב ואת לעשה בלבד, ואין פוגעים ישירות בגופו אין כאן אונס גמור.

הצמח צדק עוסק בשאלת אונס ממון בגט, והעלה בתשובה זו שאמנם להלכה אונס ממון נחשב כאונס, ואם אנסוהו בגזלת ממונו עד שיגרש הוי גט מעושה שלא כדין, אך היינו דוקא כשאנסו אותו בגזילת סך ממון חשוב, יחסית

עד שיגרש, לא חשיב כפיה". ולפני כן כתב שם - "ואע"ג דמן הדין ודאי מחויבים הב"ד וכל ישראל לעזור לו, ופדיון שבויים מצוה רבה היא דשבי קשה מכולם, וגם יש בו משום לא תעמוד על דם רעך, ואפ"ה אם אין רוצים להיזקק לו עד שיגרש אין זה כפיה".

אך נראה שיתירה מזו מבואר במהרי"ק, שהרי בדבריו אלו המהרי"ק אינו הולך בשיטה שכתב בראשית דבריו, אלא כותב בדבריו על סמך ההנחה "שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו". כלומר לא מיבעיא באסיר שמה שמוטל על כל אדם להוציאו ממאסר הוא מצוה כלפי שמיא, מצוה שהאסיר אינו יכול לתבוע ממנו על פי דין, מאחר שאין זו חובה ושעבוד ממון כלפי האסיר. אלא אף בנידון ראובן שהבטיח לשמעון ועל פי הבטחה זו שמעון הוציא הוצאות. וקיים שעבוד של ראובן כלפי שמעון, ואפ"ה אין לדון את התעלמות ראובן משעבוד זה כעובדא דפרדיסא שגול ממנו שדהו.

נראה שסברת מהרי"ק בביאור שעבודו של ראובן הוא עפ"י מש"כ בחי' הריטב"א עמ"ס בבא מציעא (הוצאת מוסד הרב קוק) דף עד. שכתב "ומורי הרב תירץ דהכא אע"פ שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח על ידי עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמך עליה ונתן לו ממנו משתעבד מדין ערב. וזה ענין שכירות פועלים דבפירקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעל הבית מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעל הבית חייב לשלם להם מה שמפסידין. דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו. וזה דין גדול".

וע"ע בחזו"א ב"ק סי' כב (סק"א וסק"ב) במ"ש בביאור שיטת מהרי"ק.

העולה מתשובת מהרי"ק, אמנם קיים שעבוד ומחויבות של ראובן כלפי שמעון לעשות עבורו עבודה מסויימת, שעבוד שהינו בגדר ערב, אפ"ה אין במניעת מילוי חובה זו משום אונס כלפי שמעון, ועדיין הכל נידון כמניעת הטוב בלבד, ומבואר שגדרי אונס אלו נלמדים מגדרי אונס בגירושין.

ולפי זה, אף אם נימא שקיימת איזו שהיא מחויבות ושעבוד של השלטון להרשות לנהוג במכוניתו, עכ"פ שעבוד זה אינו עדיף על שעבודו של ראובן כלפי שמעון (אליבא דשיטת מהרי"ק בסוף התשובה), ומבואר במהרי"ק שהתעלמות משעבוד כזה אינו נחשב כאונס כלפי הנהג.

ובלא"ה יתכן שגם אם נסבור שבחידוש הרשיון לתקופה של חמש שנים קיים שעבוד מצד השלטון לאפשר לנהג לנהוג בלא הגבלות, למשך תקופה זו. עכ"פ מי שחידש רשיון נהיגה לאחר שהחוק המאפשר שלילה גם עקב סירוב לתת גט, אינו יכול לטעון לשעבוד כזה. שהרי בעת חידוש הרשיון ידע שקיימת אפשרות שהרשיון עשוי להישלל בנסיבות אלו

האדם על דעתו, אבל אם הם יסורים קלים שדרך כל אדם לסבול יסורים כאלו ולא יעשה מעשה כזה לגרש, פשיטא שאין לנו לתלות שזה איסטיניס הוא ואינו יכול לסבול כלל ובוחר יותר בגירושין, שזה דבר שאין לו שחר לומר דמחמת רידיוי ויסורים קלים עשה זאת מה שאין דרך בני אדם לענות בו, אם לא שהוא מוכה ומעונה הרבה וכדאמרין חובטין אותו כו', אז הוי גט מעושה, משא"כ בהכאה קצת שדרך שיסבול ולא יעבור על דעתו, פשיטא דלא חשיב אונס כלל".

ולפני כן כתב הבית אפרים - "הא דאיפליגו המפרשים אם אונס ממון הוי אונס, הדבר ברור שהוא תלוי באומד דעת בית הדין, אם הוא רוצה להפסידו סך שהוא עצום ממנו לפי יכולתו, כשיעור שרוב בני אדם היו עושים כזאת שמחמת אונס כזה היה נזקק לגרש, גט מעושה הוא לפי שאדם בהול על ממונו, ומכל שכן אם אינו איש אמוד ואין בו יכולת לדחות ולסלק הנוק מעליו עד שישלם הקנס כאשר יושת עליו, וקרוב שיבוא גם לידי צערא לגופא שיתנוהו במאסר וכיוצא, ומחמת זה הוא מגרש. אבל אם הוא סך מועט, שרוב בני דעה כי תקראנה אותם כאלה לא יהיה קל בעיניו להוציאה בשביל הפסד מועט, פשיטא שאף אם יטעון זה שהוא מקלי הדעת וייקר דמים בעיניו, עד שמחמת הפסד מועט, לבו אנסו לגרש את אשתו, אין שומעין לו. שאף אם נאמין לו שכן היה בדעתו, בטלה דעתו אצל כל אדם. ועכ"פ אומדנא דמוכח אין כאן ודברים שבלב ניהו, כיון שנותן הגט בסתם ולא אמר שמחמת אונס הסך מועט שיצטרך ליתן הוא מגרש, אין לנו לתלות כלל בזה, ואדרבא אומדנא דמוכח שלא מחמת זה הוא מגרש רק מרצון נפשו".

ושם בסי' עא כתב הבית אפרים - "לא יעלה על הדעת שאם עשה לו הכאה קצת או תפס מממונו דבר וכל אדם חזו בו שהוא נותן גט מתוך השופי ולא גילה דעתו כלל שמחמת האונס הקל הזה הוא נותן, שנאמר שהוא גט מעושה, כי מי פתי יאמין לכל דבר אשר יאמר כי מחמת האונס הזה נתן הגט ... אין דרכן של בני אדם בכך לעשות מעשה כזאת מחמת יראה זו, לולי שרצונו להוציאה מאחר שהיא מואסת בו".

מסקנת הדברים, לפי הצמח צדק, את ההרחקות דר"ת יש לדונם כמקצת אונס בלבד, מכיון שהם אינם פגיעה ישירה בגופו או בממונו, אלא הכל נעשה בשב ואל תעשה. יש לציין כי לסברת הבית אפרים, שכתב שמקצת אונס גוף, או לסברת הצמח צדק שמקצת אונס ממון אינו נכנס לגדר עישוי הפוסל את הגט, גם אם יהיה מי שיחוש לדון שלילת רשיון נהיגה כנטילת ממונו של הבעל או עכ"פ כנטילת זכות שכבר זכה בה, ועל כן גרע טפי מאותם הרחקות דר"ת, עכ"פ אפ"ה אין לחוש לגט מעושה בשלילת רשיון נהיגה. שהרי ללא ספק הרחקות דר"ת הן קשות עשרת מונים משלילת רשיון נהיגה. באותן הרחקות המבוארות בתשובת דר"ת, הציבור מנתק ממנו כל קשר, אין מדברים עמו ואין נושאים ונותנים עמו ואין מבקרים אותו בחוליו וכדומה,

לערך המגרש, אבל בגזילת ממון מועט אינו נידון כאונס הפוסל את הגט. ובתוך דבריו כתב הצמח צדק, וז"ל - "בממון מועט לא שייך לומר דחשוב אונס, ותדע מדהתיר ר"ת גבי טוענת מאיס עלי לעשות הרחקה המבואר בתשובת מהרי"ק שורש קב הובאה ב"י סי' קלד ובלבוש שם ס"י, והרי ר"ת ס"ל דאין כופין בטענת מאיס עלי ואם כופין תצא והבנים ממזרים, ואעפ"כ התיר הרחקה הנ"ל, אלמא דזה אינו חשוב כפיייה, ובודאי אונס ממון סך מועט לא עדיף מהרחקה הנ"ל. וזכר לדבר מ"ש במשנה וגמרא ספ"ז דב"מ לענין אונסין דשומר שכר, זאב אחד אינו אונס שני זאבים אונס, הרי אע"ג זאב אחד ג"כ קצת אונס מ"מ אינו חשוב אונס שיהיה פטור עי"ז כו'. ע"כ כמו כן י"ל דאע"ג דאונס ממון חשוב אונס בגט, היינו ממון חשוב ולא ממון שאינו חשוב כ"כ אף שהוא קצת אונס, אינו חשוב אונס כלל".

לכאורה היה מקום לומר שהצמח צדק הוכיח דינו באונס מקצת ממון מדינו של ר"ת, ולא חש לחלק בין שב ואל תעשה לקום ועשה. והצמח צדק נקט שהסברא בהרחקות דר"ת אינה נובעת מהעיקרון שאין נחשב לאונס כל דבר שהוא בשב ואל תעשה, אלא הסברא היא שבכל מקרה של אונס יש לרדן לגופו, האם נידון כאונס גמור או רק כמקצת אונס. ומוטל על בית הדין לאמוד בשיקול דעתם האם אדם זה מגרש רק מפני האונס שהוטל עליו, או שאין האונס מביאו לגרש והבעל מגרש מפני שהחליט שאינו חפץ יותר באשתו.

אך תימא לומר שיוטל על בית הדין לבחון כל מקרה לגופו האם ידון כאונס גמור או רק כמקצת אונס. מה הם הקריטריונים לקביעה זו שדבר מסויים הוא רק "מקצת אונס" ואינו אונס גמור, ודבר אחר יחשב כאונס גמור. מה עוד שאותם הרחקות של ר"ת בלא ספק לחצו לחץ רב את הבעל, ונציין את לשון תשובת סדר אליהו סי' יג שהבאנו לעיל שכתב בלשון זו - "מי הוא שיוכל לסבול שלא ישאו ויתנו עמו בני אדם ולא יטפלו בשום דבר, ואין ספק דמי שיורחק בדרך זה תכף ומיד יהא כפוי, ויעשה מה שישאלו ממנו שלא כרצונו כדי להנצל מהצער הבא לו מתוך הרחקה זו".

אלא נראה שגם לפי דרך זו של הצמח צדק, בהרחקות דר"ת, מאחר ואינן פגיעה ישירה בגופו של בעל אלא בשב ואל תעשה, בכל גוונא נחשבות רק כמקצת אונס שאינו פוסל את הגט.

יש לציין שבעיקר שיטת הצמח צדק דאונס ממון מועט אינו אונס, מצינו שכבר כתב כן הבית אפרים בתשובה (מהדו"ת אה"ע ח"א סי' ע), ולדעתו אף באונס הגוף מועט אינו אונס והכל תלוי באומדנא, (הבית אפרים אינו מזכיר בקשר לענין זה את דינו של ר"ת).

וז"ל הבית אפרים - "וכן הדבר באונס הגוף, צריך אומדן הדעת אם אונס כזה כדאי להכריחו לגרש. וכן מבואר מלישנא דתלמוד זבין ... דהיינו יסורים גדולים שמעבירין

מעושה. ולפי דרכו ק"ו שאין לחוש בשלילת רשיון נהיגה, שלאחר השלילה הבעל נשאר במצב בו אנשים אחרים נמצאו מאז ומעולם, שללא רשיון נהיגה יכולים לנהל את חייהם היטב.

ולפי המבואר לעיל, אף שאין בידו לצאת למקום אחר אין לחוש, למרות ההפסד שנגרם לו בעקיפין מהמצב בו רשיונו נשלל. רק אם עקב השלילה הבעל עשוי "ללקות בגופו", אין להקל בלא שתהיה בפניו האפשרות לצאת למקום שבו לא ילקה בגופו.

על כן יש להסיק כדלהלן -

א. אין בהרחקות דר"ת משום כפיה לגרש, אין בהם עישוי מאחר שאינן אלא מניעת הטוב בשב ואל תעשה. ויש מהפוסקים שכתבו תנאי נוסף, והוא שהבעל יוכל עבור למקום אחר, שם ינצל מהרחקות אלו. בהרחקות קלות כנידון דין שאינו לוקה מכוחן בגופו, אפילו בעקיפין, גם אם אינו יכול לצאת למקום שבו יוכל להנצל מההרחקות, אין לחוש.

ב. גם במקום שאין פוסקים לחייבו בגירושין, כגון אם האשה טוענת מאיס עלי באמתלא המתקבלת ועבר זמן והבעל עומד בסירובו לגרש וביה"ד נוכח לדעת שהאשה מעוגנת, ביה"ד רשאי לפסוק את ההרחקות המבוארות בפוסקים. ובמקום שעל פי דין הבעל מחוייב לגרש, אין צורך בהמתנה ולא לתת ניתן לפסוק הרחקות אלו.

ג. כתבנו כמה טעמים ששלילת רשיון נהיגה אינו חמור מהרחקות דר"ת, ואינו נחשב כאונס ממון.

וק"ו ביחס להרחקות הקשות יותר שהזכיר הרמ"א סי' קנד. ואף אם קיימת בפניו אפשרות לעבור להתגורר בעיר אחרת, עכ"פ בהתחשב במציאות החיים בתקופת ר"ת ללא ספק שהרחקות אלו היו קשות הרבה יותר מהקושי שבשלילת רשיון הנהיגה, בהתחשב בכך שאנשים רבים מנהלים את חייהם היטב גם ללא רשיון נהיגה. ועל כן אם הצמח צדק כתב "בודאי אונס ממון סך מועט לא עדיף מהרחקה הנ"ל", ק"ו שנוכל לומר כן ביחס לשלילת רשיון נהיגה, אף כשאינו יכול לצאת למקום אחר בו הרשיון לא ישלל, כל עוד שלילת רשיון זה אינה מביאה בעקיפין לפגיעה בגופו או לנוק ממון גדול.

מסקנת הדברים

אין לחוש ששלילת הרשיון תחשב כאונס לבעל, וזאת מכמה טעמים. ראשית עצם הרשות לנהוג הוא בגדר דבר שאין בו ממש, ועל כן שלילת הרשיון היא רק בגדר הכרזה של השלטון שמכאן ולהבא אינו נזקק לבקשת הנהגה להרשות לו לנהוג, והחלטה כזו היא בכלל הרחקות דר"ת - "אנו נתפרד מעליו", ואינה כנטילת דבר שכבר יש לו. ואף אם תעלה טענה שלשלטון יש שעבוד כלשהוא לאפשר לנהוג לנהוג, עכ"פ התעלמות משעבוד זה אינה בגדר אונס, וכמו שמוכח מתשובת מהרי"ק, כל עוד אין נוטלים ממנו את רכושו.

לשיטת הצמח צדק ההיתר הוא מפני שצעדים בשב ואל תעשה, יחשבו מקצת אונס, ואין בכך משום חשש לגט

סימן פא

ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם"

שדוקא בגט הבא על ידי כפיה אינו גט, אלא הדין ביסודו קובע שהגט צריך להנתן ברצון, וכשאינו ניתן ברצון מכל סיבה שהיא, אינו גט.

ומתוך כך הסיק, שאין לנקוט הרחקות אלו, מאחר שיתכן שהבעל נלחץ עקב כך והגט פסול. וכתב כי סביר להניח, שאם אדם זה נתן גט עקב ההרחקות שנקטו, בודאי הוא שייך לרוב האנשים הנלחצים מחמת הרחקה זו, שהרי מתוך כך נתן גט. על כן העלה במסקנת הדברים, שעל פי ההלכה אין כל משמעות מעשית לחוק המאפשר לבית הדין להטיל הגבלות מסויימות על הבעל המסרב לתת גט, שהרי במקרים שאינו נלחץ מהם ודאי שלא יתן גט, ומאידך באותם מקרים בהם הבעל נלחץ מאד מההרחקות, אף אם יתן גט בעקבות ההרחקות, הגט פסול.

אילו דעה זו אכן מכוונת להלכה, היה מוטל על בית הדין לחקור ולקבוע בכל מקרה ומקרה לפי שיקול דעת בית הדין, האם הופעלו ביחס לבעל, על ידי האשה, או על ידי גורם אחר, אמצעים שגרמו לו ללחץ כזה או אחר. כדוגמא, אפשר לדון בבעל שהתרצה לתת גט לאחר שנלחץ מתביעת

המשך מהסימן הקודם

ר"ת בספר הישר סי' כד פסק, שגם במקרה שעל פי הדין אין אפשרות לכפות על הבעל לתת גט, (כגון באשה האומרת "מאיס עלי"), אף על פי כן כל עוד הבעל לא נתן גט, ניתן להתרחק ממנו. דינו של ר"ת הובא בב"י אה"ע סי' קלד, וברמ"א סי' קנד סכ"א.

הלכה זו טעונה ביאור, מדוע ניתן ללחוץ על הבעל בנקיטת אמצעים אלו, ומדוע לא יגרמו אמצעים אלו לגט להחשב גט מעושה שלא כדין, ולעיל בסי' פ' בארנו הלכה זו, אך יש מקום להוסיף ביאור בהלכה זו.

במאמר שהתפרסם בספר שורת הדין חלק ו' עמ' ת"פ כתב הרה"ג הרב יוסף גולדברג שליט"א, שבאותם מקרים, שבהם על פי הדין, לא ניתן לכפות את הבעל לגרש, אם ננקטו כנגד הבעל, פעולות הגורמות לו לחץ גדול ועקב כך נתן גט, הגט נידון כגט המעושה שלא כדין. לדבריו כך הדין אף אם אין באמצעים אלו פגיעה ישירה בגופו ובמונו, אלא רק ננקטו הרחקות מסויימות בהם אנו מתרחקים מהבעל ונמנעים מלהיטיב עמו. לדעתו, לא מצאנו מקור בחז"ל

של אשת איש, כשנמנעו מהוראה שיש להושיב בית דין שישקול בכל מקרה לגופו, האם הבעל נתן את הגט מפני הלחץ הגדול שנלחץ מההרחקות.

ולהלן מש"כ הג"ר אליהו אלפאנדארי ז"ל, מח"ס מכתב מאליהו בספרו סדר אליהו סי' יג, וז"ל: "יותר מכריח לאדם לכופו, הרחקה מן הנידוי, דמי הוא שיוכל לסבול שלא ישאו ויתנו עמו בני אדם ולא יטפלו בשום דבר, ואין ספק דמי שיורחק בדרך זה, תכף ומיד יהא כפוי, ויעשה מה שישאלו ממנו שלא כרצונו כדי להינצל מהצער הבא לו מתוך הרחקה זו. ועל כל אלה אסר ר"ת הנדוי והתיר ההרחקה, מהטעם המפורש בדברי ר"ת ז"ל עצמו, דהנידוי הוא רדוי בגוף הבעל עצמו כמו שבט מכה, עשה דבר זה ואם לא שבט יכך, וכל כי האי אין בידנו לעשות כי אם במקום שאמרו חכמים ז"ל בהדיא כופין אותו. ובמקום שלא אמרו כן בהדיא אין לנו רשות להכותו. אבל הרחקה זו אינה שום רדוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האיש ההוא. וכל כי האי אין אנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן, אלא אנו רשאים בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצוין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך, ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישוב מדרכו הרעה וכדי להציל הענייה העשויה מידו. באופן דהרחקה זו חלוקה מהנידוי וכיוצא בשני צדדים. האחד, דהנידוי וכיוצא הוא רדוי בגופו של בעל וההרחקה הוא בחוץ מגופו. והשני, דזה רעה בפועל וזה במניעת הטובה ממנו. וזה מבואר היטב בדברי ר"ת ז"ל ובדברי הרב הלבוש כאשר זכרנו. ומעתה מה מקום יש לחלק בין דורות הראשונים לדורות אלו כאשר חשב הרב מהריב"ל."

בתשובה זו, הג"ר אליהו אלפאנדארי ז"ל דחה את הדעה שהביא מהריב"ל, שבזמן הזה ההרחקות חמורות יותר מהנידוי, ומפני כך אין לנקוט הרחקות אלו. וטען הג"ר אליהו אלפאנדארי ז"ל, כי אם הכל היה נמדד בהתאם לגודל הלחץ שהבעל נלחץ, היה מקום לטענה שבזמן הזה, ההרחקות לוחצות יותר מנידוי, אך מאחר שהעיקרון הקובע בהלכה זו, אינו מידת הלחץ אלא דרך העישוי, אין מקום לדעה זו שהביא מהריב"ל. מסקנת הסדר אליהו היא, שיתכן לאסור לנדות את הבעל, ולדון את הנידוי כעישוי הפוסל את הגט, אף שהנידוי אינו לוחץ עליו כל כך. ומאידך נוכל להתיר לנקוט את הרחקות המבוארות בתשובת ר"ת שבספר הישר, אף שהן לוחצות עליו ביותר. ובלשונו של הג"ר אליהו אלפאנדארי ז"ל - "אין ספק דמי שיורחק בדרך זה, תכף ומיד יהא כפוי, ויעשה מה שישאלו ממנו שלא כרצונו כדי להינצל מהצער הבא לו מתוך הרחקה זו."

על כן המסקנה הברורה מכך היא, שהעיקרון הקובע בהלכה זו, הוא שבעת ההחלטה בשאלה האם ננקטו אמצעי כפיה הפוסלים את הגט, יש לבדוק את סוג האמצעים

גירושין שהאשה הגישה כנגדו בבית הדין, וחושש מעגמת הנפש שתגרם לו אם ימנע מלתת גט ואשתו תספר בבית הדין על מעשיו והתנהגותו השלילית אליה, וכי נדון מקרה כזה כגט הניתן בכפיה.

מדברי רבותינו הראשונים והאחרונים שנביא להלן יתברר, שכל עוד לא הופעלו אמצעים, המוגדרים בהלכה כאמצעי כפיה, אין לחוש לגט מעושה, אף אם הבעל נלחץ מהצעדים שננקטו.

בדברינו להלן יתבררו שתי נקודות. ראשית, נבאר בעז"ה, שהפוסקים הגדירו מה הם האמצעים הנידונים ככפיה, ואותם אמצעים שאינם מוגדרים ככפיה, אינם פוסלים את הגט כגט מעושה, גם אם הבעל נלחץ מכך. שנית, נבאר שאף שמצינו מחלוקת בפוסקים שנחלקו בנקודות מסוימות, מה הם גדרי כפיה, עכ"פ מוסכם בפוסקים שאמצעים שאינם פוגעים בגופו, ונעשים בדרך של מניעת הטוב בלבד, אינם נידונים כאמצעי כפיה הפוסלים בגט.

ראשית, נברר בעז"ה שבדין גט מעושה, העיקר תלוי האם ננקטו אמצעי כפיה, ואין הדבר תלוי בלחץ של הבעל.

יש להוכיח כן מתוך דברי ר"ת עצמו בתשובתו שבספר הישר סי' כד, מהם עולה, שאין צורך להפעיל שיקול דעת ולבחון כל מקרה לגופו האם אכן הבעל נלחץ עקב ההרחקות שננקטו כנגדו. וז"ל ר"ת: "אך אם כל רבותינו שוין בדבר, תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפיה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו."

לכאורה, לא היה מקום שר"ת יחלק בין מקרה שבו הבעל לוקה בגופו, למקרה שרק אנו נפרדים מעליו ונמנעים מלהטיב עמו. אלא היה על ר"ת בתשובתו זו, שהיא הוראה הלכה למעשה, להורות לשואלים, שיש לשקול באומדנא של בית הדין, האם הבעל נלחץ עקב ההרחקות הנזכרות בתשובתו זו, או לא.

אם אמנם הכל תלוי באומדנא שאנו מחוייבים לשקול ולברר האם הבעל נלחץ מהצעדים שננקטו, הרי בתשובה זו העיקר חסר מהספר.

שיטת ר"ת הובאה להלכה בפוסקים - במהרי"ק (שרשים כט, קב וקלה) בב"י אה"ע סי' קלד, ברמ"א סי' קנד סכ"א, ובלבוש אה"ע סי' קלד, וכן דעת רבינו פרץ שהובא בספר זכרון יהודה (מהדורת מכון ירושלים) סי' קי, וכן בתשובות נוספות פסקו הלכה למעשה את ההרחקות שכתב ר"ת, עיין לעיל סי' פ', ולא מצאנו בפוסקים שהטילו חיוב על בית הדין לברר, מהי מידת הלחץ שהבעל נלחץ. כיצד יעלה על הדעת שר"ת, וכל ההולכים בדרכו שהביאוהו הלכה למעשה, לרבות הרמ"א בשו"ע והלבוש, נתנו מכשול באיסור חמור

מעושה", דהיינו שאין כל אונס גורם לגט להחשב גט המעושה שלא כדין, אלא דוקא אונס העומד בכללים המבוארים בש"ס ובפוסקים.

ומה שנחלקו על התשב"ץ, בדין הוציאו בנו להריגה, היינו מפני שדנו את הפגיעה בבנו, כפגיעה בגופו, ודנו זאת בק"ו מאונס ממון, כמבואר בב"י, ויש שהוציאו מתשובת הרשב"א כלל עקרוני בדיני אונס, הקובע שאם במגמה ללחוץ על אדם, אנסו אדם אחר הקרוב אליו, המעשה נידון כאונס לאדם עצמו. ולעניין הלכה זו ראו הכאת קרובו כהכאת עצמו, כשם שמצינו שבהלכה "אשתו כגופו" לכמה עניינים, ה"ה לענין זה, גם "קרובו כגופו". אך מאחר שעסקינן במעשה אונס הנעשה בגדרי כפייה, אינו עניין לדינו של ר"ת העוסק בהרחקות שהן בהמנעות מלהיטיב עמו בלבד.

ראיה נוספת לדברינו, מדברי העונג יו"ט. ונקדים, שהפתי"ש אה"ע סי' א' ס"ק כב הביא תשובת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' ד', שכתב בדין אשה שנאסרה על בעלה ומתירים לו חרם דר"ג ויכול לשאת אשה אחרת, שעל פי דין אין לכפות את הבעל לזכות לה גט, וכתב החמדת שלמה - "אם נכריחנו מחמת חומרות יתירות ליתן גט לראשונה יש לחוש לגט מעושה בעל כרחו".

בעקבות דברי החמדת שלמה, היה מי שסבר כי במקרה שבית הדין פוסק להתיר לבעל לשאת אשה שניה, שלא להתנות את פסק הדין להיתר הנישואין בהשלשת הגט לאשה הראשונה, וזאת מחשש לגט מעושה שלא כדין. וטעמו היה, שיש לחוש שבעקבות תנאי זה, הבעל יחשב כאנוס ליתן את הגט, מאחר שבלא השלשת הגט לא ינתן פסק הדין להיתר הנישואין. ועיין בשו"ת יביע אומר חלק ח' חלק אה"ע סי' ב', שדחה סברא זו. ואמנם כך נוהגים בבתי הדין להתיר לבעל לשאת אשה אחרת, ובלבד שקודם לכן ישלש גט לאשתו.

ולהלן מש"כ בזה בספר עונג יו"ט סי' קמט, (ונעלמו דבריו מתשובת יביע אומר הנ"ל): - "מצאתי להגאון החסיד בעל חמדת שלמה שכתב ג"כ בענין זה, וחשש על זיכוי הגט, דכיון דמחוייב לישא אשה מהתורה ... אם אין אנו מתירין לו לישא אשה עד שיזכה לה גט, א"כ הוי גט מעושה. ולענ"ד משום זה לא מקרי גט מעושה, דדמי לאונס דנפשו. דאם תלוהו שיתן מעות, ולא היה לו, ומחמת זה הוצרך למכור, לא הוי אונס כדאיתא בפוסקים. וה"נ דכוותיה, שאין נותנין לו אשה אחרת עד שיגרש את זו", עכ"ל העונג יו"ט.

צעד זה, שנמנעים לפסוק היתר נישואין לבעל, דומה להרחקות דר"ת. יתירה מזו, על פי הדין בית הדין מצווה לפסוק את הדין ולהורות הלכה שהבעל מותר באשה אחרת, ושאינו עליו חרם דר"ג, אפ"ה בית הדין נמנע מכך, מחשש שמא האשה הראשונה שפשעה בהתנהגותה, תשאר עגונה, אם לאחר שהבעל ישא אחרת, האשה הראשונה תתרצה לקבל גט, והבעל יסרב ויבקש לעגנה.

הרי במקרה שאשתו נאסרה עליו ואינה ראויה לו יותר, ובעל כרחו ישאר בעיגונו אם לא ישא אשה אחרת, ובית

שננקטו כנגד הבעל, ואין נפקא מינה במידת הלחץ שהבעל נלחץ כתוצאה מאמצעים אלו.

להלן תשובה נוספת מהראשונים, ממנה מוכח שהכשר הגט אינו תלוי במידת הלחץ של הבעל. התשב"ץ ח"א סי' א' כתב: "אבל נראה ברור שמה שעכבו האב מלצאת משם אינה כפייה לגבי בן. חדא, שאפילו היו חובטין לאב עד שיגרש בנו לא הוי עישוי, שאפילו היה בנו שרחמי האב על הבן לא מיקרי עישוי, וכ"ש דכפיית אביו שאינה עישוי לבן, שאין רחמי הבן על האב, ומחתרת תוכיח וכבר כתבו זה בקונטרס אחד. ועוד, שאפילו עיכבו המגרש עצמו, על דרך שעיכבו אביו, לא מיקרי עישוי, כיון שלא חבשו אותו ולא הכוהו והיה הולך ובא ברצונו בתוך העיר וגם חוץ לעיר ובלבד שלא יעתיק דירתו", עכ"ל.

דברי התשב"ץ הובאו בב"י סי' קלד.

מבואר מדברי התשב"ץ שישנם מעשים שאינם מוגדרים ככפייה, גם אם הם גורמים לבעל לחץ גדול, שהרי מי לא ילחץ לחץ גדול אם יאמרו לו שבמידה ולא יגרש את אשתו, יכו את בנו או את אביו. ומדוע התשב"ץ אינו מורה להושיב בית דין על מנת לבחון האם אכן הבעל נלחץ בעקבות מעשים אלו.

עוד כתב התשב"ץ באותה תשובה: "עוד יש אונס אחר ולא מצינו לו דומה בגמרא, והוא שאנסו אחרים כדין או שלא כדין בגוף או בממון, ואומרים להם בפירוש שאונס זה לא יסלקוהו עד שיגרש פלוני, אפילו אותו פלוני לא היה דינו לגרש. אני אומר שאין זה בכלל אונסין. אפילו הוציאו להריגה לבנו שרחמיו עליו אם הוא לא יגרש אשתו, וגרשה להציל בנו, כיון שלא מסר מודעא אין זה הגט מעושה כלל, שאין העשוי אלא בגופו ועור בעד עור וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו. ואע"ג דאמרין בפרק ד' דנדרים (כ"ז ע"א) דנדרין אונסין הוו אם חלה בנו, היינו למימר דמקרי אונס לענין למפטריה משום דאנוס רחמנא פטריה, והכי נמי לענין קיום תנאי הגט למאן דאית ליה יש אונס בגטין, והיינו דמייתייה עלה בגמרא ההוא דפסקיה מברא. אבל לענין גט מעושה אינו ענין, שאין כל הנאנס נקרא מעושה, ואפילו נאנס מפני שהיו מכין וחובטין בנו יחידו אשר אהב, והרוצה להחמיר עליו הראיה כדאמרין במסכת ידיים (פ"ד מ"ג)."

אמנם ביחס לדינו של התשב"ץ בהוציאו בנו להריגה, מצינו חולקים. הבי"י כתב: "ומה שכתב שאפילו הוציאו בנו להריגה אם לא יגרש אין זה גט מעושה, תמיהני עליו האריך יעלה על הדעת שממון יהא חמור מחיי בנו". (והרמ"א בשו"ע אה"ע סי' קל"ד סעיף ד' הביא את שתי הדעות, דעת התשב"ץ ודעת הבי"י), וכמה פוסקים הסכימו להלכה עם הבי"י. והרשב"ש בהערותו לתשובת התשב"ץ (שם) הביא מתשובת הרשב"א (בתשובות המיוחסות לרמב"ן סי' רעג) שאונס קרוב משפחה נידון כאונס בגופו, ועיין מה שצויין בזה בתשובת התשב"ץ מהדורת מכון ירושלים ח"א סי' א' הערה 138).

אך לא מצינו חולק על היסוד המבואר בתשב"ץ שכתב "אבל לענין גט מעושה אינו ענין, שאין כל הנאנס נקרא

דאמרינן לעיל בפרק הכונס (דף נה:): דפטור מדיני אדם". וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' ת"כ סי"א.

הרי שמעשה שבו מונעים מאדם לצאת מבית, נידון כמעשה נזק בגופו של הניזק, אף שדרך עשיית הנזק היתה בדרך של גרמא, ועל כן פטור מדיני אדם, אך עכ"פ חייב בדיני שמים. ויעויין בספר ההשלמה עמ"ס ב"ק פ"ו סי' א' בשם אביו, ובמאירי שם דף נו. בשם גדולי הדורות, שהחייב בדיני שמים פסול לעדות עד ששייב, שתורת גזלה עליו עד ששייב. על כן פשיטא שאסור לכוף את הבעל לתת גט בדרך של גרימת נזק לבעל, בדרך של גרמא בנוזיקין. ועל כן אסור למנוע ממנו לצאת מביתו, כי בפעולה כזו אנו פוגעים בגופו, בעקיפין, בדרך של גרמא.

אבל במקרים של הרחקות דר"ת, שבהם אנו נמנעים מלהיטיב לו, העניין שונה לחלוטין, מאחר שאין בפעולה כזו גדר של גרמא בנוזיקין.

הגע עצמך, במקרה שבני העיר החליטו, מטעם כל שהוא ושאינו מעוגן בהלכה, להמנע מלסחור עם פלוני, והלה נשאר ללא פרנסה, וכי יחשבו כמוזיק בגרמא. האם בדיון בבית הדין (בשבתו לדון בדיני ממונות) כשאותו פלוני יתבע את בני העיר, וכי תהא עילה לחייב את בני העיר בחיוב ממון בדיני אדם או בדיני שמים, עקב ההפסדים שנגרמו לתובע שנתר ללא פרנסה.

סיכומו של דבר, אין לדון בגדר הרחקות דר"ת, רק את אותם פעולות, שהן במהותן, אינן בגדרי מוזיק או מוזיק בגרמא, אלא עניינן - המנעות מלהיטיב עמו.

על כן לדעת הריב"ש, עיכוב היציאה מהעיר, מבחינה עקרונית, דינו כעיכובו בביתו, ומעשה כזה נכנס לגדר של כפיה בגופו, מאחר שנעשה מעשה בפועל למנוע ממנו תנועה חופשית, אף שיכול לנוע בתוך העיר בלא הגבלה. וה"ה דבעלמא, (בלא קשר לסירוב לגרש) אין היתר על פי דין למנוע מאדם לצאת מהעיר, והאדם יוכל למנוע הגבלה זו, אם יתבע לדון תורה את המעכבים אותו מלצאת, וכמו שכתב בפשיטות בשו"ת ויקרא אברהם חיו"ד סי' ד' - "מי שרצה לצאת מהעיר למקום שחפץ, אין יכולין בני העיר לעכבו". ואינו עניין לשיטת ר"ת בספר הישר, העוסקת בהגבלות שאין בהם פגיעה ישירה וגם לא נזק בדרך של גרמא.

ומטעם זה, אין מקום לקושיא (שהוזכרה במאמר הנ"ל) על סתירה לכאורה בדברי הריב"ש, מדברי הריב"ש שהתיר להמנע משחרור הבעל מבית הסוהר אם לא יתן גט, ולהלן נביא מדבריו.

לעומת זאת, התשב"ץ ח"א סי' א', שכפי הנראה חלק על הריב"ש, ונקט שעכוב היציאה מהעיר אינה כפיה, אין הטעם מפני שהתשב"ץ דן זאת כהרחקות דר"ת, אלא התשב"ץ סבר לחלק בין המקרה של הדקיה באידרונא להדקיה בעיר שלימה, במקרה של הדקיה באידרונא, האדם אינו מסוגל לצאת מהבית ולנהל את ענייניו, ויש בזה פגיעה

הדין יודע שעל פי דין תורה, בנסיבות אלו אין חרם דרבינו גרשם, ושאין מקום למנוע מהבעל לשאת אשה אחרת. למרות זאת, בית הדין מודיע לבעל שכל עוד לא יתן גט לאשתו האסורה עליו, לא יוכל לקבל היתר נישואין.

ללא ספק בצעד כזה בית הדין לוחץ על הבעל לתת גט, ופשיטא שמניעת נישואין היא לחץ קשה, ואפ"ה פשיטא ליה לעונג יו"ט, לדון זאת כאונסא דנפשיה, ואינו נחשב גט מעושה. מבואר מהלכה זו, שהעונג יו"ט לא חשש לגט מעושה, מפני שלחץ כזה אינו בגדרי אונס המוגדרים ככפיה, אף שלמעשה קיים לחץ קשה על הבעל.

וע"ע בספר אגרות משה, חלק אה"ע ח"ד סי' קו, שאין לחוש לגט מעושה אם מונעים מהבעל לקבל אישור נישואין חוקי (אזרחי) של המדינה, בטרם יתן ג"פ כדמו"י בבית דין, ועיי"ש שהסכים שיחוקק חוק כזה, וממילא יחול החוק אף באותם מקרים בהם האשה מורדת או אסורה על בעלה, שאין על הבעל חרם דרבינו גרשם.

מסקנת הדברים - מצינו מקרים שבהם הבעל נלחץ מאד, ועקב לחץ זה החליט לתת גט, למרות זאת אין לדון זאת כגט מעושה שלא כדין, מאחר שלא ננקטו ביחס לבעל אמצעים המוגדרים כאמצעי כפיה על פי גדרי אונס הפוסל בגט.

הבאנו שלוש דוגמאות לכך - א. הרחקות דר"ת, ב. הוציאו בנו להריגה אליבא דהתשב"ץ, ג. מניעת היתר נישואין למי שעל פי דין זכאי להיתר נישואין, ומונעים זאת ממנו עד שישליש גט, ויצויין שהוראת העונג יו"ט מקובלת למעשה בבתי הדין.

הג"ר יוסף גולדברג שליט"א במאמרו שבספר שורת הדין חלק ה' עמ' רצ"ג - רצ"ה, נקט בפשיטות שעכוב יציאה של אדם מעירו נכנסת לגדרי הרחקות בלבד, מאחר שנחשב כמניעת הטוב, ומתוך כך העלה (שם, ובמאמרו שבשורת הדין ח"ו עמ' ת"פ) שהריב"ש ועוד ראשונים שדנו עיכוב יציאה מהעיר ככפיה, בהכרח סוברים שגם מניעת הטוב מהבעל, נחשבת ככפיה, אם פעולה כזו יוצרת עליו לחץ גדול. ותמה כיצד הריב"ש וסייעתו לא הרגישו בשיטת ר"ת החולקת על דבריהם.

אך נראה שאין מקום להגדיר את עיכוב היציאה מעיר כהרחקות גרידא, אלא יש לראות פעולה כזו כמעשה כפיה. אמנם אין הטלת העיכוב על הבעל, נוגעת ישירות בגופו, אך דינה כמעשה בגופו של הבעל, וכפי שיבואר.

ללא ספק במקרה שאדם נכנס מרצונו לתוך בית, ואנו נועלים עליו את הדלת ומונעים ממנו לצאת, ועקב כך אותו אדם נשאר במאסר ממושך באותו בית, לא יהא מקום להגדיר פעולה זו כמניעת הטוב בלבד, ושיהא דינה כהרחקות דר"ת בלבד. עיין ברא"ש במסכת בבא קמא פרק ח' סי' ג' שכתב: "שבת דהדקיה באידרונא ובטלו ממלאכתו נותן לו דמי שבתו. ומסתברא דמיירי שהכניסו לחדר וסגרו בתוכו. אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו הפתח גרמא בנוזיקין הוי, כמו פורץ גדר בפני בהמת חבירו ויצאה ונאבדה

סי' רכ"ז]. והטעם, דמניעת הרייח לא קרי הפסד כדאיתא בירושלמי [ב"מ פ"ט ה"ג] הביאורו הפוסקים, המבטל כיסו של חברו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בנויקין דפטור".

ואכן כמה פוסקים כתבו להדיא שהמבטל כיסו של חברו אינו חייב בבא לצאת ידי שמים. בספר אמרי בינה (בחלק התשובות סי' א' סק"ח) כתב - "בכל מבטל כיסו, אף ברייח ברור פטור אף בידי שמים, וכן משמע מתוספתא הנ"ל דאמרו אין לו עליו אלא תרעומת, משמע דפטור בדיני שמים ג"כ ... כיון דאינו עושה שום מעשה בפועל וגם ממונו אינו עושה מעשה.", וכעין זה בשו"ת בית אפרים חלק חו"מ סי' כח.

וכן בשו"ת מהרש"ג (בתשובות החדשות סי' מה) כתב - "אני אומר דבגוף הדבר שכתב דהמבטל כיסו של חברו דחייב לצאת ידי שמים לא מצאתי מפורש. ומשמע לי לכאורה דהמבטל כיסו של חברו אף לצאת ידי שמים הוא פטור, ואף על גב דגרמא בנויקין חייב לצאת ידי שמים, מכל מקום היינו בגורם היזק לחברו דמפסידו ממון שכבר היה בידו, אבל הגורם לחברו שלא ירויח, משמע לי דאף לצאת ידי שמים הוא פטור, וראיה שהרי בבבא קמא (דף נה:)) דקחשיב אותן דברים שפטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים, לא קחשוב אלא דברים שעל ידן הוא מפסיד מכיסו, אבל מניעת הרווח לא קא חשיב. משמע לי מזה דהמבטל כיסו של חברו, שהוא רק מניעת הרייח מן חברו אף לצאת ידי שמים הוא פטור. ועוד כעין ראיה מהתוספתא שמביאים הרי"ף והרא"ש בבבא מציעא פרק איזהו נשך ... המבטל כיסו של חברו הוא פטור ואם כן מדקאמר אין לו עליו אלא תרעומת משמע דאף לצאת ידי שמים הוא פטור, דאם לא כן הוה ליה למימר דאם לא לקח פטור הוא מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ומדקאמר דרק תרעומת יש לו עליו ולא יותר, משמע דאף לצאת ידי שמים הוא פטור, וכן מובא דין זה בחו"מ סי' קפ"ג וביו"ד סי' קע"ז ולא נזכר כלל שיהיה חייב לצאת ידי שמים. מכל הנ"ל משמע לי דגבי מבטל כיסו של חברו אף לצאת ידי שמים הוא פטור".

על כן בדיניו של החוקות חיים הנזכר, גם אותו אדם שבמזיד גזר למנוע מחבירו משא ומתן וכיוצא"ב הרחקות של הציבור, לא יחוייב ואף לא בדיני שמים. לפי זה בודאי לפי דרך זו, ק"ו שאין בהרחקות דר"ת הנקבעות על ידי בית הדין, משום סרך מעשה של "מזיק" לבעל.

אמנם יש מהפוסקים שכתבו שמבטל כיסו של חברו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, עיין ברדב"ז ח"א סי' פד, וכ"כ בשו"ת מהריט"ץ סי' צה. אך בתשובת מהריט"ץ מבואר שדין זה לחייב בדיני שמים לא יאמר בנידון דנן, וז"ל "על מה ששאל שיהיו מעותיו בטלות בסבת שמעון קרוב לשתי שנים ... דהכא אפילו בדיני שמים אין לחייבו לפי שהוא חשבה לטובה, שירוויח יותר", דהיינו דאין מקום לחייב אלא כשמתכוין להזיק ולא כשאינו מתכוין לכך, וכבר כתב כן

בגופו, על כן המעשה במהותו נידון כמזיק בגרמא, אבל אם אנו מונעים ממנו לצאת מהעיר, אמנם יש בצעד כזה פגיעה מסויימת בגופו, אך מאחר ופגיעה כזו היא פגיעה קלה, אין לחוש לדונה כעישוי. וכסברת הבית אפרים בתשובה חלק אה"ע מהדורה תניינא סי' ע' וסי' עא, שהכאה מועטת אינה בגדר עישוי הפוסל את הגט.

ולפי זה יש להעיר, שאין הכרח להשוות עיכוב יציאה מהארץ, לעיכוב יציאה מהעיר, לדעת החולקים על התשב"ץ (שצויינו בהערות לשו"ת התשב"ץ מהדורת מכון ירושלים ח"א סי' א' הערה 139). מאחר שהגבלה של עיכוב יציאה מהארץ אינה ניכרת, ואינה מגבילה את חייו התקינים ולכל היותר יכולה להחשב כאונס חלקי מאד, ובהסתמך על שיטת הבית אפרים, המובאת בהרחבה להלן. ולפי זה ההיתר לעכב יציאתו מהארץ אינו מבוסס על תשובת ר"ת, שהרי העיכוב במהותו אינו הרחקה.

יש מקום להוסיף ולהרחיב בנקודה זו שכתבנו, שבהרחקות דר"ת אין משום נזק בגופו ואף לא גרמא.

בספר חוקות חיים (להג"ר חיים פאלאג'י ז"ל) חו"מ סי' ז' כתב ח"ל - "על ענין אם בעלמא במי שעושה לחבירו נזק, לגזור שלא ישאו ויתנו עמו, דהוי בשב ואל תעשה, אי בכה"ג חייב לשלם אם היה לו הפסד ממון או פטור, נראה לומר דהוי גרמא בנויקין, עיין להרשב"א ח"ד סי' כ' ובספר מחנה אפרים ע"ש, ודוק כי קיצרתי כי אין הפנאי להאריך".

והנה בתשובת הרשב"א שהזכיר בתשובה זו, כתב - "שאלת מי שהשאל חביות לחבירו, לשים בו יין. וכשבא למכור את יינו, סגר הדלת בפניו כדי שלא יוכל למוכרו. ובסיבת עכבתו, נפסד היין. מי חשבינן להא כגירי דידיה, וחייב משום דינא דגרמי. או נימא דאינו אלא גרמא בנויקין פטור. תשובה, האי לא שפיר עביד, ומיהו פטור הוא, דלא מידי עבד. ולא היה אלא כמבטל כיסו של חברו, דפטור".

ובמבטל כיסו של חברו, מפשטות לשון הירושלמי (ב"מ פרק ט' ה"ג) שכתב במבטל כיסו של חברו "אין לו עליו אלא תרעומת", מבואר שאינו חייב לשלם אם בא לצאת ידי שמים. ועיין בתפארת ישראל על המשניות ב"מ ריש פרק ו' אות ג', על המשנה (שם) שנקטה לשון דומה באומנין שהטעו זה את זה "אין להם זה על זה אלא תרעומת", וכתב התפא"י - "מדלא קאמר יש להן תרעומות זע"ז, קמ"ל דאין להן זה על זה שום חיוב, אפילו לצאת ידי שמים". ובשו"ת מהרי"ל החדשות סי' קעח כתב - "אין זה קרוי היזק ואין לו אלא תרעומת, דפחות מגרמא הוא".

ואינו דומה לגרמא בנויקין שחייב לצאת ידי שמים, דהתם הזיק בגרמא ממון שכבר מצוי אצל הניזק, או שיש לניזק זכות באותו ממון, משא"כ במבטל כיסו, רק מנע ממנו להרויח כסף שעדיין אינו ברשותו. ועיין בש"ך חו"מ סי' סא סק"י שכב - "אם היתה לו סחורה מזומנת לקנות, וטוען שהיה לו ריח בן, אף שכתוב בשטר שנתחייב לשלם כל מה שמפסידו, פטור, וכמ"ש הב"י בשם תשובת הרשב"א [ח"ג

ובסוף סי' ע' (עמ' רנג) כתב הבית אפרים - "שאנסוהו מצד האשה אונס גדול כל כך, שיהיה ניכר וידוע לבית הדין, שאונס כזה יש בו כדי להעבירו על דעתו שיהיה מוכרח לגרש ... אבל אם ... אין האונס שוה בנוק, שאין דרך בני אדם להתפעל מאונס כזה לגרש את אשתו ... לית דין צריך בשש שאין כאן אפילו ריח גט מעושה כלל ... פשיטא דעכ"פ אונס גדול בעינין שיהיה בו כדי להכריחו לגירושין, הגע עצמך אם כמכת מכהו הכהו באגרופ או סטרו על פניו ואמר לו תן גט, או שגולה אשתו ממנו עשרה זהובים ולא רצתה להחזיר לו עד יגרש, ועמד וגרש ולא אמר מידי, שכל מי שיש בו דעה לא ידון רוחו באדם הזה שמחמת אונסו הוא נותן את הגט ... כללא דמלתא, כי כדי לבטל הגט בטענת אונס בלא מודעא צריך ... שיהיה אונס גדול שקול כנגד קושי גירושין".

וכן כתב בתשובת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' רסב ביחס לאונס ממון, וז"ל - "אע"ג דאונס ממון חשוב אונס בגט, היינו ממון חשוב ולא ממון שאינו חשוב כ"כ. אף שהוא קצת אונס, אינו חשוב אונס כלל".

הרי מבואר בפוסקים, אם ננקטו כנגד הבעל אמצעי כפיה - אונס גוף או אונס ממון, יש לבחון כל מקרה לגופו, האם אמנם אמצעים אלו הינם בעלי משקל משמעותי, שיש בהם כח לגרום לבעל להיות כפוי לתת גט. משא"כ ביחס לאמצעים אחרים, שאינם נכנסים לגדרי כפיה, כגון הרחקות דר"ת, אונס של קרוב משפחה אליבא דהתשב"ץ או אונסא דנפשיה, בכל אלו לא ראו לנכון לחייב שיקול דעת כזה. ופסקו כי די בכך שאין לדון אמצעים אלו בגדרי כפיה, וכמבואר לעיל.

ונרחיב מעט בביאור תשובת הצמח צדק. לעיל בסי' פ' הבאנו מתשובת הצמח צדק חלק אה"ע סי' רסב סק"ג, ובמאמרו של הג"ר יוסף גולדברג שליט"א, ביסס שיטתו גם על תשובה זו.

הצמח צדק עוסק בשאלת אונס ממון בגט, והעלה שאמנם נקטינן שאונס ממון יחשב כאונס, ואם אנסוהו בגזלת ממון עד שיגרש הוא גט מעושה שלא כדין, אך היינו דוקא כשאנסו אותו בגזילת סך ממון חשוב, יחסית לערך המגרש, אבל בגזילת ממון מועט אינו נידון כאונס הפוסל את הגט. ובתוך דבריו כתב הצמח צדק, וז"ל - "בממון מועט לא שייך לומר דחשוב אונס, ותדע, מדהתיר ר"ת גבי טוענת מאיס עלי לעשות הרחקה המבואר בתשובת מהרי"ק שורש קב הובאה ב"י סי' קלד ובלבוש שם סי', והרי ר"ת ס"ל דאין כופין בטענת מאיס עלי ואם כופין תצא והבנים ממזרים, ואעפ"כ התיר הרחקה הנ"ל, אלמא דזה אינו חשוב כפיה, ובודאי אונס ממון סך מועט לא עדיף מהרחקה הנ"ל. וזכר לדבר מ"ש במשנה וגמרא ספ"ז דב"מ לענין אונסין דשומר שכר, זאב אחד אינו אונס שני זאבים אונס. הרי אע"ג זאב אחד ג"כ קצת אונס מ"מ אינו חשוב אונס שיהיה פטור עי"ז כו'. ע"כ כמו כן י"ל דאע"ג דאונס ממון חשוב אונס בגט, היינו ממון

המאירי שבשטמ"ק ב"ק נו: שאפילו בגרמא אינו חייב כשכוונתו לטובה, וכן בתשובת מהרי"ט חלק א' סי' זה כתב - "אבל בדיני שמים מיהא חייבים שכוונתם להזיק, אבל אלו אין כוונתם להזיק אלא לתועלת. וכי תימא בנוקי אדם לא חלקת בו בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין, ה"מ במידי דבמזיד חייב מדינא אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם, אבל בדבר דאפילו במזיד פטור מדיני אדם, לא מחייבי ליה בדיני שמים אלא למי שכוונתו להזיק, כי כל לבבות דורש ה' אבל לא ענש על השוגג".

גם עפ"י דרכו של הרדב"ז, רק בנידון החוקות חיים יהיה מקום לחייבו בדיני שמים, אבל כשבי"ד הורו לציבור להתרחק ממנו, הכוונה של כל אחד מכלל הציבור אינה להזיקו אלא להסירו מרשותו עפ"י הוראת בית הדין, ובודאי שאינו יכנס לכלל שאלת חיוב נזק בידי שמים.

כעת נרחיב בביאור שיטת הבית אפרים הנוכרת. בתשובת הבית אפרים מבואר שבמקרה בו ננקטו ביחס לבעל צעדים שיש בהם משום גדרי אונס, כגון אונס גוף או אונס ממון, הדבר יחשב כגט מעושה דוקא אם עקב אונס זה הבעל נלחץ מאד. וז"ל הבית אפרים (שם) סי' ע' (עמ' רמט) - "הא דאיפליגו המפרשים אם אונס ממון הוא אונס, הדבר ברור שהוא תלוי באומד דעת בית הדין, אם הוא רוצה להפסידו סך שהוא עצום ממנו לפי יכולתו, כשיעור שרוב בני אדם היו עושים כזאת שמחמת אונס כזה היה נזקק לגרש, גט מעושה הוא לפי שאדם בהול על ממון, ומכל שכן אם אינו איש אמוד ואין בו יכולת לדחות ולסלק הנזק מעליו עד שישלם הקנס כאשר יושת עליו, וקרוב שיבוא גם לידי צערא לגופא שיתנהו במאסר וכיוצא, ומחמת זה הוא מגרש. אבל אם הוא סך מועט, שרוב בני דעה כי תקראנה אותם כאלה לא יהיה קל בעיניו להוציאה בשביל הפסד מועט, פשיטא שאף אם יטעון זה שהוא מקלי הדעת וייקר דמים בעיניו, עד שמחמת הפסד מועט, לבו אנסו לגרש את אשתו, אין שומעין לו. שאף אם נאמין לו שכן היה בדעתו, בטלה דעתו אצל כל אדם. ועכ"פ אומדנא דמוכח אין כאן ודברים שבלב נינהו, כיון שנותן הגט בסתם ולא אמר שמחמת אונס הסך מועט שיצטרך ליתן הוא מגרש, אין לנו לתלות כלל בזה, ואדרבא אומדנא דמוכח שלא מחמת זה הוא מגרש רק מרצון נפשו ... וכן הדבר באונס הגוף, צריך אומד דעת אם אונס כזה כדאי להכריחו לגרש. וכן מבואר מלישנא דתלזה זובין ... דהיינו יסורים גדולים שמעבירין האדם על דעתו, אבל אם הם יסורים קלים שדרך כל אדם לסבול יסורים כאלו ולא יעשה מעשה כזה לגרש, פשיטא שאין לנו לתלות שזה איסטניס הוא ואינו יכול לסבול כלל ובוחר יותר בגירושין, שזה דבר שאין לו שחר לומר דמחמת רידי ויסורים קלים עשה זאת מה שאין דרך בני אדם לענות בו, אם לא שהוא מוכה ומעונה הרבה וכדאמרין חובטין אותו כו', אז הוא גט מעושה, משא"כ בהכאה קצת שדרך שיסבול ולא יעבור על דעתו, פשיטא דלא חשיב אונס כלל".

ממאסר, ואמרו לבעל שאם יתן גט יוציאווהו ממאסר, שהגט כשר.

ללא ספק במקרים אלו, הבעל נלחץ לחץ גדול ברצונו לצאת מהמאסר, ובודאי כשהמדובר היה במאסר ממושך בתנאי המאסר שנהגו בזמן הראשונים, כשהיה אסור ביד גוים. ובעקבות הלחץ ושאיפתו העזה להשתחרר מהמאסר נתן גט, למרות שהיה חפץ באשתו. ואפ"ה לא היה כל חשש לדונו כגט מעושה.

הריב"ש סי' קכז כתב בתוך דבריו בלשון זו - "הרי זה כמי שהיו נושין בו ממון, והיה תפוס בבית הסוהר בעד החוב ההוא, ואמרו לו קרובי אשתו אם תגרש אשתך, נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא, ותצא ממאסרך. והוא נתרצה בזה, וגרש מרצונו, היאמר אדם שזה יהיה גט מעושה, מפני שעשה זה כדי לצאת מבית הסוהר. לא, שהרי לא היה תפוס כדי שיגרש, אלא בעד חובו, והגט אינו מעושה אלא מרצוה".

ובהגמ"ר במסכת גיטין סי' תסט כתב - "עוד אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה ואינה חפיצה, אין לכופו לא בדיני ישראל ולא בעובדי כוכבים שיגרש. אך אם נתפס עבור מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזור לך לצאת מתפיסתך עד שתגרש, דאין זו כפייה דאין עושין לו דבר רק שנמנעים מלעזור לו".

וז"ל שו"ת בנימין זאב סי' פח - "מצאתי בקונדרס ישן משם רבינו יום טוב וז"ל ... השיב גדול אחד, בתשובה המתחלת מקול מחצצים, והשיב לשלשה גדולי הדור, לרבינו שמואל ולרבינו אליהו ולרבינו משולם, וכתב שכל ההכרחות יעשו לו שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר ולא יקברוהו אם לא יגרש מרצונו בגט כשר על פי חכמי עירו, כי אין זה כפייה לדעת ר"ת. שאם קדש אדם אחד מישראל בת ישראל כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה רוצה בו, מן הדין אין לכופו ואין לעשותו לא בישראל ולא בגוים. ואחר נתפש בגנבה ונחבש ביד גוים על ידי ממון או ע"י נפשות, ויש כח בגדולי הארץ להועיל לו אצל המלכות להקל מעליו או לפוטרו משם, ואומרים לו לא נשתדל לך ולא נדבר לגוים עליך לא להרע ולא להיטיב אם לא תגרש אשה זו שקדשת, ונתרצה מאימת הגוים שלא ידינוהו לרע וכתב גט לאשתו ונותנו ואומר רוצה אני, נראין הדברים שהוא כשר. ויש ללמוד דבר זה מתשובת ר"ת, אם לא יכפוהו ממש לאוסרו במקום שהיה עד שיתן גט, אבל אם עומדים בעצמם מלעזור לו לצאת אין זה כפייה עכ"ל התשובה".

בשו"ת צל הכסף, חלק אה"ע סי' ו' (דף לו) כתב לבאר הלכה זו של הרחקות דר"ת, שהכל תלוי בסברא שמניעת הטוב אינה בגדרי כפיה, וז"ל שם בתשובת צל הכסף - "דין זה דמניעת הטובה דלא חשיב אונס, למדו מהרי"ק מדברי ר"ת שנתן תיקון אחר לטענת מאיס עלי, דכתב דאף דמדינא אין לכופו לגרש, אם נחבש ביד גוים מפני המס או דבר אחר דיכולים לומר לו, לא נעזור אותך להוציאך ממאסר אם לא תגרש, ואין זו כפייה כיון שאין עושים לו שום רע כי אם

חשוב ולא ממון שאינו חשוב כ"כ אף שהוא קצת אונס, אינו חשוב אונס כלל".

לכאורה היה מקום לומר שהצמח צדק הוכיח דינו באונס מקצת ממון מדינו של ר"ת, ולא חש לחלק בין מעשים הנעשים בדרך של שב ואל תעשה למעשים הנעשים בדרך של קום ועשה. והצמח צדק נקט שהסברא בהרחקות דר"ת אינה נובעת מהעיקרון הקובע שאין נחשב לאונס כל דבר שהוא בשב ואל תעשה, אלא בכל מקרה של אונס יש לדון לגופו, האם ידון כאונס גמור או רק כמקצת אונס. ומוטל על בית הדין לאמוד בשיקול דעתם האם אדם זה מגרש רק מפני האונס שהוטל עליו, או שלא האונס מביאו לגרש ומגרש מפני שהחליט שאינו חפץ יותר באשתו.

אך קשה לומר שהצמח צדק התעלם מהמבואר בתשובת ר"ת והפוסקים שהביאו דינו להלכה, שכתבו את החילוק שבין מעשה כפיה ישירה בגופו, להרחקות אלו שאנו רק מתרחקים ממנו. אילו סבר הצמח צדק לחדש גדר חדש בדינו של ר"ת, היה מרחיב להוכיח חידוש זה, ולא היה סותם את דבריו בקצרה.

מלבד זאת, כאמור לעיל, לא מצינו בפוסקים, שהביאו הלכה למעשה את שיטת ר"ת, שהורו לבית הדין לבחון כל מקרה לגופו האם ידון כאונס גמור או רק כמקצת אונס. מה עוד שאותם הרחקות של ר"ת בלא ספק לחצו לחץ רב את הבעל, וכמבואר בתשובת סדר אליהו סי' יג שהבאנו לעיל שכתב בלשון זו - "מי הוא שיוכל לסבול שלא ישאו ויתנו עמו בני אדם ולא יטפלו בשום דבר, ואין ספק דמי שיורחק בדרך זה תכף ומיד יהא כפוי, ויעשה מה שישאלו ממנו שלא כרצונו כדי להנצל מהצער הבא לו מתוך הרחקה זו".

אלא נראה שגם לפי הצמח צדק, הביאור בהרחקות דר"ת, הוא מאחר שאין בצעדים אלו פגיעה ישירה בגופו של הבעל אלא רק בדרך של שב ועל תעשה, על כן פעולה זו של הציבור לנקוט ביחס לבעל הרחקות אלו, אמצעי זה בהגדרתו יחשב כמקצת אונס שאינו פוסל את הגט, מאחר שמהות הפעולה היא הימנעות מלהיטיב עמו בלבד.

כמו כן תשובת הבית אפרים הנזכרת לעיל שפסק שאין בהכאה במקצת משום עישוי, אינה מוכיחה דבר בביאור דינו של ר"ת בספר הישר. מאחר שהבית אפרים כתב שלא כל פגיעה ישירה בגופו או בממונו נידונת כעישוי, ובזה מצינו חבר לסברת הצמח צדק שכתב כן לעניין כפייה בממון מועט. אך אין הכרח מדברי הבית אפרים הללו לשיטתו בביאור שיטת ר"ת, שכתב את דינו ביחס לסוג אחר של אמצעים, וכמו שהתבאר לעיל.

השוואת הרחקות דר"ת להוצאת הבעל ממאסר תמורת מתן

הגט

מצינו כמה תשובות מהראשונים בהם מבואר שאם אדם נחבש בבית האסורים עקב אי תשלום מסים, או עקב דבר אחר, ויש ביד האשה או קרוביה לפרוע את חובו ולהוציאו

מחוייב כלל לגרש. אבל בהנך שאמרו יוציא ויתן כתובה אף שאין כופין אותו, עם כל זאת כיון שמחוייב הוא לגרש ועשו לו היזקות עבור זה שאינו מקיים דברי חז"ל כגון שגזרו ששום אדם בעיר לא ישא ויתן עמו ומחמת זה האונס גרש לא הוי מעושה שלא כדין שהרי מחוייב הנהו לגרש, רק שחכמים לא תקנו לכפותו, אבל הרשות בידם לגרום לו היזקות כעין זה על שאינו מקיים דבריהם, וזה הוא כדין. ואם אח"כ מגרש מחמת זה לא הוי מעושה שלא כדין. והוה כאחד שחייב חובות ומחמתם נתפס במאסר, ואם יתן גט יפרעו קרובי אשתו בשבילו שאין הגט נפסל בשביל זה אף שמחמת זה מגרש. ודין זה מבואר בתשובת ר"ת הובא בשו"ע אה"ע (סי' קנ"ד) וזה ברור לדעתי בלי שום ספק. וכל זה דוקא במקום שלא מסר מודעא, אבל במקום שמסר מודעא בטל הגט בכל אופן שיהיה קצת אונס, אף לסוברים שמסירת מודעא בלא אונס אינה מבטלת הגט, עכ"ל.

ומאחר שדברי ר"ת נאמרו באומרת "מאיס עלי" שאין פוסקים בו יוציא ויתן כתובה, בהכרח דאף באלו, מאחר שהבעל מעגן את אשתו שלא כראוי, וההרחקות הם כדין, דינו כאותו בעל שמשלמים עבורו לפדותו מבית סוהר, שודאי הבעל נלחץ אם לא יעשו כן. אלא שעכ"פ מקצת אונס מקרי, ואם מסר מודעא, ולא יבטל את המודעא הגט בטל.

ביאור התנאי שכתבו שיוכל לצאת למקום אחר

במהרי"ק שרש קלה הובא דינו של ר"ת בלשון זו - "אך כל רבותיי שוים בדבר תגורו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל ועל כל הנלוים עליהם שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו ולהריוחו ולהאכילו וללוותו ולהשקותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומרות כרצונם על כל אדם אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת שבזה אין כפייה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה אך אנו נתפרד מעליו".

מה שכתב ר"ת "שאם ירצה ימצא לו מקום", התבאר בביאור הגר"א סי' קנד ס"ק סז שכתב - "שיוכל להנצל מזה לילך לעיר אחרת", וכן בלבוש סי' קלד סעיף י' ובשו"ת מהרשד"ם חיו"ד סי' קלב.

ועיין במאמר של הגר"ר יוסף גולדברג שליט"א בספר שורת הדין חלק ה' שדן בחילופי הנוסחאות שבתשובת ר"ת והנ"מ ביניהם. והעלה שלפי גירסת מהרי"ק, ולפי המבואר בביאור הגר"א ובמהרשד"ם, יש בהרחקה משום כפייה אם אינו יכול לצאת למקום אחר ולהנצל מהרחקה זו. אך דבריו אינם נראים.

מפשטות לשון מהרי"ק בשורש קב עולה שעיקרה של תשובת ר"ת היא, שהרחקות שהן בשב ואל תעשה בלבד, שנמנעים מלהיטיב עמו, אינן נידונים בגדרי כפייה. בתשובה זו, לאחר שמהרי"ק הביא את דברי ר"ת הנזכרים (כנוסח שהובא

למנוע מלעזור לו. ומזה לומד מהרי"ק דמניעת טובה לא חשיב אונס אפילו במקום מצוה, שהרי בנדון דר"ת היו חייבים הציבור לעזור לו להוציאו מבית האסורים דמצוה קעבדי, ועכ"ז אמר דיכולים למנוע מלעשות מצוה ולא חשיב אונס יע"ש. והנה דין זה דמהרי"ק הביאו מהריב"ל בח"ג סי' כח ונסתייע ממנו, ועיין כנה"ג ח"מ סי' כה הגהט"ו ס"ק יב ובמט"ש שם הגה"ט ס"ק יח עד ס"ק כב שציינו להקת הפוסקים דפסקו כמהרי"ק הרי דסברת מהרי"ק הנובעת מדברי ר"ת דמניעת טובה לא חשיב אונס קבלוה בסבר פנים יפות כל האחרונים, והוא הדין והוא הטעם לעשות לו הרחקה דר"ת".

לפי תשובה זו של צל הכסף מבואר דינו של ר"ת, שאסר לנקוט בכל אמצעי הכפייה לרבות נידוי, בטענת מאיס עלי, ואעפ"כ התיר את ההרחקות. שיטתו תתבאר בהתאם לביאור הדין בנידון של הבעל הנמצא במאסר. כשם שבמקרה שהבעל במאסר ונותן את הגט מתוך כוונה שעם מתן הגט יפרעו את חובו ויוציאוהו במאסר, ובזה אנו קובעים שהלחץ של הבעל נובע מעצם העובדה שהוא במאסר, ועל מנת להסיר מעליו את הלחץ הקשה, הוא מסכים לתת גט. על כן ההחלטה לתת גט היא החלטה הנעשית בשיקול דעת, והגט ניתן כתשלום על מנת להסיר מעליו לחץ הבא ממקום אחר, ולכן הגט נידון כגט הניתן מרצונו של הבעל.

הוא הדין במקרה בו נקטו ביחס אל הבעל הרחקות, והציבור נמנע מלהיטיב עמו. מאחר שאת עצם ההרחקות רשאי הציבור לנקוט, בלא קשר לסירוב לתת את הגט. שהרי הציבור רשאי, להמנע מלסחור עמו ולהמנע מלבקרו, ולא יחשבו בכך כמוזיקים את הבעל בנזק ישיר או כמוזיקים בגרמא. אמנם עקב כך הבעל נלחץ לחץ רב, אך לחץ זה לכל היותר דומה ללחץ של אותו אדם הנמצא בבית הסוהר, וגם כאן, על מנת לחזור ולזכות בהטבות האלו, ועל מנת שיחזור לסחור עמו ויחזור לבקרו וכדומה, הבעל מוכן לשלם במתן הגט, ולכן נידון כגט הניתן מרצונו ובלא כפייה.

בדין הרחקות דר"ת, אין לחוש אם תמורת מתן הגט הבעל זוכה בהסרת ההרחקות מכיון שמבחינה עקרונית, הדבר דומה למקרה בו אדם עני, הלחוף מאד ממצבו הדחוק, מגרש את אשתו תמורת מענק כספי הניתן לו להיטיב את מצבו.

על כן, כל הרחקה, שאינה פוגעת באופן ישיר בגופו או בממונו, ועל פי דיני חו"מ אין בנקיטת צעדים אלו, משום מזיק בגרמא או גזלת רכושו של בעל, אין מניעה לנהוג בהרחקות כאלו, ולהמתין עד שהבעל יבקש לקנות ביטול הרחקות באמצעות מתן הגט.

ולהלן מש"כ בספר פסקי הלכות (להג"ר דוד פרידמן ז"ל מקרלין) ח"א הלכות אישות דף צה: - "היכא שהאונס גדול אצלו עד שמחמתו יגרש את אשתו שלא ברצון, אינו מבטל הגט אלא כשכפו אותו על הגט בעצמו שיתנו והוא אינו

ויצויין כי בלשון ר"ת שהביא מהרי"ק נכתב העניין ש"לא ילקה בגופו" בסמיכות ל"ימצא לו מקום", וז"ל - "בזה אין כפייה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה", הרי שתלה הצורך שיוכל למצוא לו מקום, כדי שלא ילקה בגופו. וכן בלבוש סי' קלד ס"י כתב - "בזה אין כפייה עליו שאם ירצה לא יגרש וילך למקום אחר במקום אשר לא יבדלו ממנו. והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה".

אמנם לכאורה, היה מקום לטעון שיש לתפוס את חידושו של ר"ת, שאין עישוי בשב ואל תעשה, בכל גווי, לרבות אם בעקבות כך ילקה בגופו, מאחר שאנו רק נפרדים ממנו. אך נראה שר"ת סבר שאין לנו היתר להיפרד ממנו אם מעשה כזה בהכרח יביא לפגיעה ממשית בגופו, שבסופו של דבר עשויה לסכן את נפשו. וביאור הדברים, מאחר שיסוד שיטת ר"ת היא הלכה בהלכות הנהגת הציבור, שבית הדין מורה לציבור להתרחק מאדם העובר על דברי חכמים או המעגן את אשתו ונוהג עמה שלא כשורה. אך גם להוראה כזו הציבו גבול, והוא שאין להביא את המורחק לידי פגיעה ממשית בגופו, העשויה לסכן את חייו, מאחר שלזה אין היתר, והדבר גובל בלאו דלא תעמוד על דם רעך, שאדם עובר בלאו זה גם במה שנמנע בשב ואל תעשה מלהצילו. ודי במה שמקשים עליו לנהל את חייו. על כן אם יוכל לצאת למקום אחר, ממילא אין ההרחקה קובעת בהכרח פגיעה בגופו או סיכון לנפשו של המורחק. אך אם הבעל כבר נמצא בבית הסוהר, עקב מאסר שהושת עליו בלא קשר לגט, מותר לנו להמנע מלסייע לו לצאת, ולהשאירו במצבו הקיים, כל עוד אינו נותן גט, אף שעקב כך לוקה בגופו, ואינו דומה לאותם הרחקות שמעיקרא הוטלו עליו מכח החלטה של הציבור.

ולפי זה נראה, שאין צורך להוסיף את התנאי שיוכל לצאת למקום אחר, כשנוקטים כנגדו בהרחקות קלות, יחסית להרחקות המבוארות בתשובת ר"ת או ברמ"א, כל עוד אין חשש שהרחקות אלו יביאו לפגיעה בגופו. כגון בהרחקה של מניעת הזכות להשתמש בשירותי בנק או שלילת רישיון נהיגה, שכידוע אנשים רבים מנהלים את חייהם היטב בלא רישיון נהיגה, וכן ניתן להמשיך לנהל חיים שאינם כרוכים בנוקי הגוף, בלא להיזקק לשירותי הבנק.

העולה מדברינו - אמנם נמצאו חילופי נוסחאות בדברי ר"ת, בין הנוסח שבתשובה שבספר הישר לנוסח שהובא במהרי"ק, אך אין מקום לייחס נפקא מינה יסודית בין הנוסחאות השונות, אלא בשתי הנוסחאות קיים אותו חידוש לדינא, שאין להגדיר כמעשה שיש בו כפייה, אלא כשנעשה בגופו או בממונו של הבעל, ולא כשנמנעים מלהיטיב עמו.

ביאור הטעם שאינו כאנוס כשאין גרדי כפיה

יש מקום לבאר הטעם שבמקרים הנוכחים שאינם בגרדי כפיה, אין אנו דנים את הבעל כאנוס. שהרי למעשה הופעל כנגדו לחץ מסויים. אמנם אין אנו מפקפקים בדינו של ר"ת שנפסק להלכה ברמ"א, אך טעמא בעי, מדוע הכלל הקובע

לעיל ממהרי"ק שרש קלה), כתב - "הרי לך בהדיא דאפילו טוענת מאיס עילאי, דס"ל דאין כופין וחשיב גט המעושה שלא כדין לפי דבריו, אפילו הכי כתב שיכולין לגזור להבדל ממנו ולהרחיקו בכל מיני רחוק שאין זה קרוי כפייה".

משמע שעצם ההרחקות מצד עצמם שנמנעים מלהיטיב עמו אינן כאנוס, ולא הזכיר מהרי"ק התנאי שיוכל צאת למקום אחר, שהוא לכאורה הגורם שמכוחו ניתן להתיר הרחקות אלו, והיינו מפני שנקודה זו אינה נקודה יסודית בדברי ר"ת, אלא הוזכרה מהטעם שיבואר להלן.

וז"ל הגר"א ס"ק סז - "דיכול להינצל מזה לילך לעיר אחרת, וכל שאין עושין מעשה בגופו לאו עישוי מקרי. וכל זה עושין לו שעבר על דברי חכמים". אילו סבר הגר"א שהרחקה זו שאנו נמנעים מלהיטיב עמו מוגדרת ככפייה, כשאנו יכול להמלט ממנה ולצאת לעיר אחרת, קשה טובא מדוע הגר"א הוסיף שבלא שעושין מעשה בגופו לאו עישוי מקרי. הרי כשאנו יכול להמלט מכך, נחשב כעישוי גם אם לא נעשה מעשה בגופו אלא רק שאנו נפרדים ממנו, ואין עושים עמו משא ומתן וכו'.

ונציין, כי תוספת זו שהוסיף הגר"א, "וכל שאין עושין מעשה בגופו לאו עישוי מקרי", אינה ציטוט מדברי מהרי"ק או מהמרדכי או מתשובת בנימין זאב, שהם מקור דברי הרמ"א כמצויין בדברי הגר"א. אלא דבר זה הוסיף הגר"א מדעתו הרחבה בביאור דינו של ר"ת.

והנה בשו"ת מהרשד"ם חלק יו"ד סימן קלב בהזכירו את דינו של ר"ת כתב שאינו נחשב לכפייה מאחר ויכול לצאת למקום אחר, וז"ל - "דמי למה שכתב ר"ת על אותם שאין כופין אותם לגרש שגם אין כופין אותם ע"י נידוי, אבל כתב הר"ם הכהן בשם ר"ת שנוכל לעשות שנקבל עלינו גזרה שלא לישא וליתן עמו עד שיגרש. והיינו טעמא דלא מיקרי זה שאנו כופין, לפי שיכול לילך למקום אחר".

הרי מבואר במהרשד"ם שהרחקות דר"ת אינן כפייה, מפני שהבעל יכול להמלט מהם. והדברים טעונים ביאור, שהרי לא מצינו במקרה שבא אנוס הכופה את הבעל לגרש, כפייה שלא כדין, אך האנוס אינו יכול לכופו במקום אחר, שלא יחשב כפייה, מכיון שהבעל יכול לצאת למקום אחר בו לא ילקוהו. מלבד זאת יש מקום לבאר, את המשך דברי מהרשד"ם שהעלה בשם מהרי"ק, כי מניעת טובה אינה נקראת אנוס, ומבואר בדבריו שהדין כן, אף אם הנאנס אינו יכול להמלט מכך שימנעו ממנו טובה. ולכאורה צ"ע, מאחר ויסוד דברי ר"ת בנויים על כך שמניעת הטובה אינו אנוס, מדוע הוסיף את התנאי שיוכל לצאת למקום אחר.

וליישב כל זאת, בהכרח לומר שאם הרחקות יגרמו למורחק ללקות בגופו, אין להתיר זאת, אלא א"כ יוכל להמלט מהן. אמנם אילו היינו דנים הרחקות אלו ככפייה גמורה, לא היה מועיל מה שיוכל לצאת למקום אחר, אך מאחר ובמהות העניין אין זו כפייה, על כן מהני מה יוכל לצאת למקום אחר.

במקצת הו"ל כדברים שבלב. ונראה מזה דאף שנראין הדברים, דאף עתה עדיין הוא מפחד מחמת המציק שיאנסו כבתחילה ולכן השליש הממון, מ"מ כיון שאין הדבר ברור שהוא כן, דאפשר שעתה אין לו כח זה, חשיב כדברים שבלב. ודוקא היכא שהדבר גלוי לכל שיש בו כח לאנסו כבתחילה, אע"פ שעתה אין עליו אונס ומשליש מעצמו, לא חשיב דברים שבלב, כיון דאומדנא דמוכח וגלוי לכל שיש בידו לאנסו הרי זה כדבר שבלבו ובלב כל אדם דהוי דברים, כמ"ש הריטב"א בקידושין בטעמא דתלוא ויהיב וגט מעושה. משא"כ היכא שאין הענין ברור, אע"פ שיש להסתפק שמא עושה כן מיראה, מ"מ כיון שלא גילה דעתו למסור מודעא הו"ל דברים שבלב. ובהכי ניחא לי במה שמעשים בכל יום כשמרגילין קטטה ומגרש, ואח"כ המגרש צווח ככרוכיא שגירש מחמת אונס, אין משגיחין בדבריו כלל, כשאינן מברר שהיה אונס בנתינת הגט, רק שהוא אומר שהציקתו ותאלצהו על ידי איזה אונס גמור ... כיון דעכ"פ גירש בפני עדים בסתם ברצון נפשו, אף שהיה בלבו שעושה כן מחמת האונס, דברים שבלב נינהו, והרי היא מותרת לכל אדם.

ויש להוסיף בזה, שמאחר ובית הדין נוקט באמצעים של הרחקות דר"ת רק במקרים חריגים וקשים, אף אם עדיין לא הגענו למידה זו שהושלמו התנאים לפסוק חיוב או כפיית גט, כגון במאיס עלי, עכ"פ מאחר שהצורך בגירושין הוא ברור, ובית הדין נוכח שאין פתרון למצב הנוכחי שבו קיים פירוד בין הזוג בלא אפשרות להחזירם יחד, לאחר שברור שעקב המאיסות, האשה לא תשוב לבעלה, ומאידך הבעל אינו מסכים לתת גט. בנסיבות אלו, כל שלא נקטו אמצעי כפיה ישירים בגופו או בממונו, יש לתלות שמגרש לא מפני הלחץ אלא הבעל נתן את הגט לאחר ששקל בדעתו, וסבר שראוי לגרשה. ומאחר והבעל אומר בפירוש שמגרש לרצונו, הרי שכל מחשבה אחרת תידון כדברים שבלב, אף אם האמת היא שבלבו ראה עצמו ככפוי לגרש, וכפי שמצינו סברא כוזב בבית אפרים.

הבית אפרים בתשובה אחרת במהדורה תניינא חלק אה"ע סי' עא (עמ' רעב), הוסיף לבאר בהתאם לסברא זו - "דעת הרמב"ם בטענת מאיס עלי שכופין להוציא, שאע"פ שאין חיוב גמור שיוציא, מ"מ אינה כשבוית שתבעל לשנוי לה, ושפיר כופין אותו ואמרינן דגמר ומגרש, וכן כתבו התוספות ד"א כן, ויש שכתבו שהוא ג"כ שיטת רש"י וכן הסכים הפני יהושע שזו שיטת רש"י עיי"ש, וכן מבואר בר"י לפי תקנת הגאונים, ועיין במלחמות שם ורבים וגדולים העומדים בשיטה זו. ואף שהבאים אחריהם חלקו על זה, וכוותיהו נקטינן, מ"מ י"ל דכשאינו כפוי בשעת הגט, רק שיש לתלות באונס מחמת דבר אחר, אבל מ"מ הוא נותן גט בסתם ויודע שרוח חכמים נוחה מזה שנותן הגט, אית לן למימר דגמר ומגרש."

יתירה מזו כתב האבני נזר חלק אה"ע סי' רא ס"ק כה, וז"ל - "הב"י (אה"ע סי' קלד) בשם הרשב"ץ דמייתי ... דאונס ממון הוי אונס, כתב בתוך דבריו וז"ל, אי ידוע מילתא

בהלכה זו תולה את הדין של גט מעושה בסוג האמצעים שנקטו נגד הבעל, ולא במציאות המעשית, שבפועל הבעל נלחץ מכך.

יתכן לבאר זאת על פי מש"כ בספר ברוך טעם להג"ר ברוך פרענקיל ז"ל (בסוף שער הכולל דף סד:). הגרב"פ ז"ל הביא את דברי הרמב"ם המפורסמים בסוף פ"ב מהלכות גירושין המבאר טעם הדין של גט המעושה כדון, שכיון שרוצה להיות כאחד מישראל אלא שיצרו תקפו, כיון שהוכה תשש יצרו וכשאומר רוצה אני נחשב למגרש מרצונו. וכתב על זה הגרב"פ ז"ל - "דברי הרמב"ם הללו צריכים תבלין, דאכתי קשה, וכי פסיקא מילתא שתשש יצרו, דלמא עדיין עומד באיולתו שלא לשמוע דברי חכמים."

ובישוב דברי הרמב"ם כתב - "אמנם הא דאונס מבטל המעשה, אף דבכל מקום אמרינן דברים שבלב אינם דברים, הטעם דכיון דהוא אונס, הוה כמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו, דכל הרואה ושומע, יודע שאין לבו של זה לעשות המעשה, ובכה"ג דברים שבלב דברים. וממילא כשיש מקום לומר אף דרך ספק דילמא גמר בלבו לעשות זה ברצון שלם, אף אם אין כן בלבו, הוה מחשבה זו כדברים שבלב, שאין מחשבתו ניכרת מתוך המעשה, שהמעשה קיים. ועל דרך זה טעם הדין דתליוהו וזבין זביניה זביני, דאמרינן אגב זוזי גמר ומקנה, והרי יכול להיות שאפשר שחשובה בעיניו הקרקע כל כך שלא יהיה גמר ומקנה, אף שנתנו לו דמי השדה. עכ"ז כיון עכ"פ יכול להיות שגמר ומקנה, תו ליכא למיחש שמא אין בלבו להקנות, דדברים שבלב ככה"ג שאינם ניכרים וגלויים לא הוי דברים. וא"כ אתי שפיר טעם הרמב"ם הנ"ל בהכשר הגט הנעשה בכפייה, דכיון שיש סברא שתשש כוחו ויצרו ומגרש בלב שלם, ע"כ אף אם אין בלבו כן, הלא אין מחשבתו הרעה ניכרת ושוה להיתר, כי כל דברים שבלב אינן דברים היכא דאין מחשבתו ניכרת לכל, עכ"ל הגרב"פ ז"ל, ולמעשה הדברים מבוארים בקצרה בחי' הריטב"א עמ"ס קידושין דף נ.

ובהתאם לסברא זו י"ל שאין לדון לפסול גט מכח הלכה זו של גט המעושה שלא כדון, אלא אם נקטו כנגד הבעל אמצעים המקובלים בפוסקים שיש בהם גדר כפיה, במקרים אלו קיימת אומדנא ברורה שהגט ניתן שלא מרצונו, ולא יועיל מה שיאמר רוצה אני. אבל אם נקטו הרחקות דר"ת, או בשאר המקרים שהזכרנו, שאין בהם משום עישוי שלא כדון, מאחר שהבעל אומר בפה מלא שנותן את הגט מרצונו, ואנו רואים שלא הופעלו אמצעים המוגדרים בהלכה כאמצעי כפיה, אף אם חושב בלבו שנאלץ ונלחץ, ומתוך כך נותן גט שלא מרצונו, אלו הם דברים שבלב שאינם דברים, ומחשבה כזו אינה יכולה לפסול את הגט.

כסברא זו כתב בשו"ת בית אפרים (מהדורה תניינא) אה"ע סי' עג (עמ' ש') במי שנאנס לגרש, אך בטרם גרש, תשש כוחו של האנס. וכתב שם - "כל שנשתנה הענין, אף דאפשר שעדיין יש כח ביד האנס לאנסו, כיון שתשש כוחו

מסקנת הדברים

א. ר"ת התיר לנקוט הרחקות ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי", והאשה מעוגנת עקב סירובו של הבעל לתת גט. הטעם בהיתר לנקוט הרחקות הוא מאחר שאנו נפרדים ממנו ונמנעים מלהיטיב עמו. הרחקות אלו ראויות להעשות על פי הדין, ואין בהם משום מעשה נזק לבעל, לא נזק ישיר ולא נזק בגרמא. לכן אין לחוש אם תמורת מתן הגט הבעל זוכה בהסרת ההרחקות. ומבחינה עקרונית, הדבר דומה למקרה בו אדם עני, הלחוץ מאד ממצבו הדחוק, מגרש את אשתו תמורת מענק כספי הניתן לו להיטיב את מצבו.

ב. מעשים הלוחצים את הבעל נחלקים לשני סוגי מקרים. א. קיימים מקרים שבהם ננקטים אמצעי כפיה בגופו או בממונו, אמצעים אלו נידונים כעישוי, למעט אותם אמצעים קלים שאין בהם להביא אדם לתת גט. ב. יש אמצעים שמצד הגדרתם אינם נכנסים לגדרי עישוי, דוגמת הרחקות דר"ת. באם נקטו אמצעים אלו, אין לחוש לגט מעושה גם אם הבעל נלחץ.

דמחמת אותו עישוי גירשה הוי גט מעושה'. וכאן אין ידוע מילתא דמחמת אונס עישוי גירש, רק משום שהיה רואה שלא תרצה להשלים בשום אופן".

בתשב"ץ ובאבני נזר הדברים נאמרו ביחס לאונס ממון, שביסודו נידון כאונס. ואילו ביחס למקרים שבהם אנו נוקטים הרחקות דר"ת, מאחר שההרחקה מצד עצמה אינה נידונת כעישוי, בכל גווני יש לומר שמגרשה מפני שידוע שלא תשוב לדור עמו. ונציין לדברינו בסי' הקודם שבו הוכחנו שבמקרים בהם על פי הדין אין חיוב גט, כגון באומרת מאיס עלי, אין נוקטים בהרחקות דר"ת אלא לאחר שבית הדין נוכח שהאשה מעוגנת. ובמקרים אלו קיימת אומדנא דמגרשה מחמת שנואש מלשוב עמה לשלום, ולא מחמת אמצעי ההרחקה שנקטו. אומדנא זו מתחזקת ככל שהצורך בגירושין דחוף. ורק אם נקטו כנגדו אמצעי כפיה בגופו או בממונו, ואלו אמצעים קשים עברו, (לאפוקי כפיה קלה כמבואר בבית אפרים הנזכר לעיל), במקרים אלו יחשב כגט מעושה מאחר שקיימת אומדנא דמוכח, ודברים שבלבו ובלב כל אדם, שמחמת אמצעים אלו מגרשה.

סימן פב

ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם"

ההרחקות כמבואר ברמ"א, וזאת מצד החיוב לגרש. ובמאיס עלי ינקטו הרחקות אלו רק כשהתברר שהאשה מעוגנת ללא תקנה, ואין זו הלכה מהלכות גיטין, אלא הלכה בהלכות הנהגת הציבור, שהציבור נוהג כך ביחס לאותם המעגנים את נשותיהם. מאחר שאין בכך משום כפיה על הגט, מותר לצבור להחליט שמבעל המעגן את אשתו ואינו מקיים מצוה למנוע את עיגונה, מתרחקים ממנו. יסוד זה מבואר בספר סדר אליהו (לר"א אלפאנדארי) סי' יג, שהבסיס לפסק ר"ת לנקוט הרחקות הוא מניעת עיגון האשה. וז"ל - "אסר ר"ת הנידוי והתיר ההרחקה ... אבל הרחקה זו אינה שום רידוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האיש ההוא. וכל כי האי אין אנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן, אלא אנו רשאים בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצוין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישוב מדרכו הרעה וכדי להציל העניה העשויה מידו".

סיכומו של דבר, ר"ת בתשובה חידש שבהרחקות אלו אין משום כפיה על הגט. ולאחר שחידוש זה התקבל להלכה, במרדכי במהרי"ק בב"י ובלבוש, ומהריב"ל כתב שלא מצינו מי שיחלוק עליו, על כן ננקוט בהרחקות אלו באחד משני המקרים הבאים, א. במקום שיש חיוב גט, וזאת מפני שעבר

המשך מהסימן הקודם, מכתב שנכתב לאחד מהדיינים.

כבוד הרה"ג הרב ... שליט"א

שלום רב!

קבלתי הערותיך על המאמר שכתבתי בספר שורת הדין חלק ה' (לעיל סי' פ'), ולהלן כמה הערות.

א. הגאון בביאורו לסי' קנד ס"ק סז כתב - "וכל זה עושינו לו שעבר על דברי חכמים". הגר"א בדבריו אלו, מבאר את דברי הרמ"א דקאי על אותם שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה", שבהם קיים חיוב ברור לגרש, "יוציא ויתן כתובה", ומאחר והבעל עבר על דברי חכמים ולא גרש, נקטינן הרחקות אלו. אך אין הכרח שגם ביחס למאיס עלי, כגון בנידון שבתשובת ר"ת שבספר הישר, ינקוט הגר"א לשון זו. על כן גם אם נאמר שאין תקנת חכמים שתקנו לחייב לגרש במאיס עלי, יתכן שנקוט כנגדו הרחקות מטעם אחר, והיינו אם נוכחנו לדעת שלזוג זה אין תקנה, והאשה מעוגנת, ננקוט הרחקות מאחר שהבעל מעגן את אשתו, ובוה נהוג כנגדה שלא כהוגן.

על כן נראה שאין הכרח להוציא מדברי הגר"א בסי' קנד הנסובים על אלו שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה", את הגדר בדינו של ר"ת בספר הישר בדין מאיס עלי.

דהיינו, באלו שקיים חיוב לגרש, הטעם לנקוט הרחקות הוא פשוט יותר, והוא מפני שאינו מקיים את החיוב שחייבוהו רבנו, ובארנו במאמר הנ"ל שבאותם שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, באלו אנו פוסקים לאלתר לנקוט את

עשר חדש תעמוד במרדה והוא לא ירצה לגרש כי אם לעגנה" כו'. וכמו הנידון בתשובת ר"ת שבספר הישר, על כן סבר מהריט"צ שגם לר"ת יכולים לקרוא לו עבריין מפני שמעגן שלא כדין בת ישראל.

נראה לבאר תשובה זו של מהריט"צ צהלון באחת משתי הדרכים.

א. מהריט"צ סובר בדעת ר"ת שבאותן מקרים שהבעל מעגן את אשתו מאחר שהוא עבריין, מותר לכפותו במילי, ודלא כמשמעות שהעלנו מתשובת ר"ת בספר הישר.

ב. מהריט"צ סובר בדעת ר"ת כשיטת הרא"ש שקריאת עבריין אינה כפיה במילי.

וכדרך זו מבואר בספר חוט המשולש (תשב"ץ ח"ד) בטור ג' סי' לה (ד"ה ובר מן) שכתב בנידון של מאיס עלי - "ועוד שהבי"ד כשכתבו הפסק דין, לא כתבו לכופו לגרש רק הסכמנו שיגרש, הרי שלא הכריחוהו בשום ענין רק מצד הסכמתם שיגרש דהיינו לרצונו, משום דמצוה לשמוע דברי חכמים, ואם לא רצה אין לו עונש אלא שמותר לקרותו עבריין אבל שום מין כפייה אין כאן".

מבואר דפשיטא ליה דקריאת עבריין אינה נכנסת אף בגדר כפיה במילי, אלא שמהתשב"ץ שהבאנו לעיל עולה שלא כדבריו.

ב. קשה לבאר את דינו של רבינו תם בתשובה, בהתאם לגדרי דינא דמתיבתא ובאמתלא מבוררת.

ראשית יש לציין שהראשונים שהביאו את דינא דמתיבתא, כגון הרי"ף, כלל לא הזכירו אמתלא, אלא כתבו בסתמא "כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להאי גברא נתיב לי גיטא, יהבינן לה גיטא לאלתר".

שנית, החלוקה בין אמתלא מבוררת לשאינה מבוררת יסודה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג ובטור, שהם מאוחרים מזמנו של ר"ת. והם הכריעו בפסק ההלכה, אימתי לקבל למעשה את תקנת מתיבתא, אך לא כתבו ביאור בגוף דינא דמתיבתא.

אין לנו כל מקור לכך שר"ת התייחס לחלוקה זו, מה עוד שחלוקה זו נאמרה לאותם שקבלו את דינא דמתיבתא, לפחות באופן חלקי, משא"כ ר"ת שבתשובה זו דחה תקנת מתיבתא, ומנלן לבאר שיטתו של ר"ת עפ"י חלוקה הנמצאת בפוסקים המאוחרים לר"ת, ואין לה כל רמז בתשובת ר"ת.

וגם הדברים המובאים בשטמ"ק אינם יכולים להתפרש על פי חלוקה זו, ובדרך שנכתב במאמר שבקובץ שורת הדין ח"ב עמ' קיח. מאחר ולדעת כל אותם הראשונים שלא הזכירו את העניין של אמתלא מבוררת, קיים רק מקרה אחד של אומרת "מאיס עלי". ואין מקום לבאר דבריהם על פי חלוקה שלא הוזכרה בדבריהם.

ועיין בב"י סי' עז (ד"ה ומ"ש שר' מאיר) שגם לשיטת מהר"ם מרוטנבורג החלוקה בין אמתלא מבוררת נאמרה רק לענין ממון, ולא לענין שיהא חיוב או מצוה לגרש, וכן עולה מדברי הרמ"א סי' עז ס"ג, שרק אין כופין אותה להיות עמו,

על דברי חכמים שחיובוהו לגרש. וביחס למקרה זה אמר הגר"א את דבריו. ב. גם במקום שאין חיוב גט, אך הציבור (והיינו הבי"ד שפועל כאן כשלוחו של הציבור) נוכח לדעת שהבעל נוהג בדרך רעה ומעגן את אשתו ללא תקנה, ועובר על מצוה למנוע עיגון, גם אם עדיין לא הגיע לגדר "עבריין".

מפשטות לשונות כמה ראשונים נראה שקריאת עברייןא זוהי הכפיה במילי, שהרי יותר מכך לא ניתן לעשות, עיין בתשובת התשב"ץ ח"א סי' א' שהביא דעה שכפיה במילי היינו שמתא, (שיטת הרא"ש ביבמות פ"ו סי' יא) אך הביא שר"ת חולק וסובר שזוהי כפיה גמורה, ו"מילי" היינו קריאת עבריין, וכן מבואר בתשב"ץ ח"ב סי' רנו, עיי"ש. על כן לר"ת השולל כל כפיה במאיס עלי, לרבות כפיה במילי, וכמבואר בשטמ"ק, לא ניתן לבזותו בקריאת עבריין.

וכן נראה מדבריו בתשובה, דמאיס עלי שונה מאותם שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, עיי"ש שכתב - "מה שכתב בה"ג דיהבינן גיטא לאלתר הכל צריך לפרש לדעת הבעל, וכך אני מורה ובא", ומוכח דלא סבירא ליה באותו נידון לכפותו אפילו במילי, וממילא לא נוכל לקרותו עברייןא, שזוהי פגיעה ישירה באדם, למרות שנוכל להתרחק ממנו בכל התרחקות שאנו מתרחקים ואיננו פוגעים ישירות בבעל. ורק באלו שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, אנו רשאים לכפותו במילי ולקרותו עברייןא.

אמנם מצאתי באחד האחרונים שכתב בדעת ר"ת בספר הישר שבאותם מקרים שנוהגים כנגדו הרחקות, גם ניתן לקרותו עבריין.

בשו"ת מהריט"ץ החדשות סי' קעב בתשובה העוסקת בדין מאיס עלי כתב - "הנלע"ד לאחר האיום והגיזום והחרמות שיחרימו עליה כי לא בתסקופי מילין באה על האיש הזה ולא למדוה אביה ואמה או אחרים אלא שמלבה שנאה אותו נאמר לאיש ההוא הגם שלדעת גדולי אבות העולם היה ראוי לכוף אותו לגרש הרי אגידה בך, ואם תרצה לישא אשה אחרת צריך שתגרש זאת, כי כן נשבעת שלא לישא אשה אחרת עליה בחייה. וזו אינה נקראת כפיה כי הדין הוא כך שלא ישא עליה בעודה אגידה ביה. שמא תאמר יכופו אותה לשבת עמו, הרי כתב הרמב"ם זל"ה"ה שאין לכוף אשה להבעל לשנאויה לה. אע"ג דהפריו על המדה וכתב שמתוך כך כופין אותו לגרש, אמנם אנן לא נימא הכי לא נכוף אותו לגרש אלא תשב עגונה ושוממה, וגם הוא ישב בדד וידום כי נטל עליו שבועה למקום. ואם ירצה לישא אחרת יתן גט לזו ויפטרנה, ואין זה אונס כי כדת משה וישראל הוא. וכן כתב הריב"ש דלא מיקרי אונס מה שכופין אותו לעשות הדין ואם לאו יגרש. וכ"כ ר"ת דקרינן ליה עברייןא ולא ידברו עמו ולא יתעסקו עמו עד שיגרש. הילכך יכולין לגזור עליו בכל חרמות שבתורה שלא ישא אשה עד שיגרש".

ושם בתשובת מהריט"צ היה נראה שהבעל מעוניין לעגנה, וכמבואר שם בתשובה שכתב - "אם לאחר שנים

אומר ותהי עונותם על עצמותם ושרי למקרי עבריינא כיון שאין דעת חכמים נוחה הימנו".

ובשו"ת שאילת יעב"ץ ח"א סי' קסז - "כי תלמוד ערוך הוא בידינו פרק מקום שנהגו (נ"א ע"א) יושבין על ספסלי עכו"ם בשבת. ואין יושבין על ספסליהם בעכו כו'. הרי לפניך דבר זה מבואר בגמרא. שהוא מנהג טוב וישר וטעמא דמיחזי כמקח וממכר. כדמפרשינן התם ... ואע"ג דבאתרא דלא נהוג לא מחינן בהו. מיהא היכא דנהוג יאות עבדין והו"ל דברים המותרין ואחרים נהוג בהן איסור. שאין אתה רשאי להתירן בפניהן. ומאן דעבר אמנהגא שרי למקרייה עבריינא דקעבר אל"ת דדברי קבלה אל תטוש תורת אמך".

ובשו"ת שאילת יעב"ץ ח"ב סי' כג כתב בעניין סעודת ברית מילה הנעשית בתשעה באב - "אחר שנתפשט המנהג שעושין סעודת הברית בלילה, דודאי אין להקל כלל, ומאן דעבר עלה שרי למקרייה עבריינא, ופורץ גדר ישכנו נח"ש חיויא דרבנן".

וע"ע בתשובת בנימין זאב סי' פח שהיא התשובה העומדת ביסוד דברי הרמ"א בסי' קנ"ד, ומבואר שם שלשיטת ר"ת יש מקום לנקוט הרחקות עקב התנהגות של הבעל שלא כדין, בכך שהכה את אשתו, ועבר על דברי חכמים שאסרו זאת, אף שלא מצינו שהיתה בזה תקנה מיוחדת.

העולה מדברינו - לשיטת ר"ת, ב"מאיס עלי" כל עוד האשה אינה עגונה, עדיין אין מצוה לגרש, ואין חילוק בין אמתלא מבוררת, לשאינה מבוררת.

אך אם האשה מעוגנת, בזה ישנן שתי דרכים. הדרך הנראית יותר היא, שאין היתר לקרותו עבריינא, למרות שהבעל נמנע מקיום מצוה לגרש. מאחר שאם נקרא לו עבריינא, בכך אנו כופין אותו במילי, ור"ת התיר הרחקה ממנו בלבד, דהיינו שאנו ננהג התנהגות מסויימת בלא לפגוע פגיעה ישירה בבעל, ואך לבזותו בקריאת עבריינא, באדם כשר ושומר מצוות היא כפגיעה בגופו.

הדרך השנייה היא לפי מש"כ מהריט"צ שניתן לקרותו עבריינא. וזאת או מפני שאין בזה אפילו כפיה במילי, וכמ"ש חוט המשולש, או מפני שבמקרה שהבעל מעגן את אשתו הוא עבריינא ומותר לקרותו עבריינא מאחר שזוהי האמת ואין לחוש שבכך הוא נידון ככפוי על הגט.

ולא נוקטין יותר מכך. על כן נראה שבנידון כזה של מאיס באמתלא מתקבלת לא ינקטו הרחקות. אלא רק לאחר שעבר זמן ממושך והתברר שהאשה מעוגנת, וכמו שמוכח מהלבוש שפסק את דברי הרמ"א בסי' עז ובסי' קלד פסק הרחקות דר"ת בכל מקום שאין זיווגם עולה יפה.

על כן, לפי מה שכתבת שההיתר לקרוא לאדם עבריינא הוא רק כשעבר על חיוב גמור מדרבנן ולא על מצוה גרידא. קשה לומר שר"ת קבל את התקנה של דינא דמתיבתא במאיס עלי באמתלא מבוררת, וזוהי התקנה שהעובר עליה נקרא עבריינא.

אך בעיקר הגדרת "עבריינא", מפשטות הלשון "מאן דעבר אדרבנן", משמע דעל כל דרבנן קאי. בין תקנת חכמים מיוחדת ובין מצוה גרידא. עיין בחי' מהרי"ט עמ"ס קידושין על הרי"ף פ"ג שכתב בעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה דהאחר נקרא רשע ועבריינא, דכל מאן דעבר על דרבנן נקרא עבריינא.

בראשונים ואחרונים נקטו קריאת עבריינא על כל מצוה דרבנן ויש שכתבו כן גם על מנהג, ולהלן כמה דוגמאות - עיין בתוספות מסכת כריתות דף י: שכתבו - "אבל חטאת דאורייתא אין לה שיעור רק מדרבנן לכך מצוה לכתחילה בסלע ובפחות סגי עד דנקא אבל פחות מדנקא מיקרי עבריינא" עכ"ל, ולא מצאנו שזו תקנה מיוחדת אלא מצות חכמים גרידא. וז"ל הטור אורח חיים סי' סג - "כתב ר"ע מי שרוצה להחמיר לעמוד כשהוא יושב ולקרונה מעומד לא יאות עביד ונקרא עבריינא, וצריך לגעור בו שמצותה מיושב".

ובאר הב"י - "ומ"ש ונקרא עבריינא, הוא מדאמרינן בפרק כירה מאן דעבר אדרבנן שרי למיקרייה עבריינא".

ולהלן כמה מלשונות הפוסקים - בשו"ת ראנ"ח סי' קיח כתב וז"ל - "נראה שאם אמת הדבר שראובן מעביר הנחלה מבנו לבת הבן עובר על דברי חכמים ואין דעת חכמים נוחה הימנו, כדתנן פרק יש נוחלין הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו אף על פי שמה שעשה עשוי אין דעת חכמים נוחה הימנו, ואף על פי שאין לנו אלא אין דעת חכמים נוחה הימנו אבל אין בית דין כופין אותו בשום כפיה שבעולם מכל מקום איסורא איכא וכמו שאמרו בירושלמי ועליו הכתוב

סימן פג

שלילת קצבת ביטוח לאומי מסרבן גט

במקרים שבית הדין פסק לכפות את הבעל בגירושין, אין מניעה שבית הדין יאכוף עליו את הגט בכל סנקציה ממונית. אך ברוב המקרים, פסק הדין אינו מאפשר כפיית הגירושין, ובשל כך לא ניתן ליטול מהבעל את ממונו כשאינו נותן גט, וזאת מפני שאונס ממון נחשב כאונס. אך בנסיבות אלו, בהתאם לשיקול דעת בית הדין ניתן לנהוג בהרחקות דרבינו תם על מנת להביאו למתן הגט, עיין לעיל סי' פ - פב שבהם

בחודש אב תשס"ז נכנס לתוקף התיקון לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) תשנ"ה-1995, ונקבע צו הגבלה, המאפשר את שלילת מחצית מגמלת ביטוח לאומי, של בן זוג שבית הדין פסק שעליו לתת גט.

התיקון בחוק התקבל לאחר יוזמה מתוך מערכת בתי הדין שבקשה להרחיב את צווי ההגבלה, הניתנים להפעלה כנגד בן זוג שאינו נותן גט.

עד שיתן גט, אבל אם עומדים בעצמם מלעזור לו לצאת אין זה כפייה עכ"ל התשובה.

דינו של מהרי"ק בשם ר"ת שמניעת הטבה אינה כאונס הובא להלכה בב"י יו"ד סי' רלב, וכן הרמ"א יו"ד סי' רלב סעיף יב פסק – "לא מקרי אנוס בשבועה א"כ היה מגיע לו איזה רעה אם לא היה נשבע, אבל אם לא היה מגיע לו טובה ונשבע כדי שיהא לו טובה מזה, אין מקרי אנוס בשבועה". וכתב הש"ך ס"ק כד שהלכה זו פשוטה.

וכן כתבו בפשיטות הרבה מגדולי הפוסקים שמניעת הטבה אינה כאונס – מהר"י בן לב ח"ג סי' כח הביא את תשובת מהרי"ק והסכים עמה, וכן מהרי"ק"ש בספרו ערך לחם יו"ד סי' רלב כתב בקצרה – "לא חשיב אונס כשאינו מזיק, אלא שנמנע מלהיטיב עמו". וכן פסקו המבי"ט ומהר"י בי רב כמבואר בתשובות המבי"ט ח"א סי' כב, והמשנה למלך בספרו פרשת דרכים דרוש כ"ב, ומהר"ח"ש בקונטרס המודעא והאונס דף כט.

וכן בספר שארית יוסף (להג"ר יוסף כ"ץ ז"ל גיסו של הרמ"א) סי' טז, אף שהקשה על סברת מהרי"ק כפי שיובא להלן, עכ"פ במסקנת דבריו כתב בלשון זו – "אף כי שנינו שנויי דחיקא, מ"מ מפני זה אין לגמגם בפסק של מהרי"ק, כי לא מפינו הוא חי ודעתו רחבה מדעתנו".

ובספר דבר משה (להג"ר חיים משה אמארייליו ז"ל) ח"א יו"ד סי' מה כתב לדון בסברת דינו של מהרי"ק, אך סיים וכתב – "מ"מ לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה, כיון דכל האחרונים הביא דברי מהר"י קולון ז"ל בסתמא, כנראה דהכי הלכתא". וכן כתב בספר צל הכסף ח"ב אה"ע סי' ו' שהפוסקים קבלו דברי מהרי"ק להלכה וקבעו שמניעת הטבה אינה כאונס.

בנוסף נציין שדינו של רבינו תם בספר הישר סי' כד שהורה להתרחק מהבעל המסרב לתת גט בניגוד לדעת בית הדין, שלא לשאת ולתת עמו, ועוד הרחקות, שיטה זו מיוסדת על ההנחה שמניעת הטבה אינה כאונס, כמבואר בתשובת רבינו יו"ט הנזכרת, עיין ברמ"א אה"ע סי' קנד סכ"א שהביא את דברי ר"ת אלו גם כשלא ניתן לכפות גירושין. וכן הבי"ב בסי' קלד הביא את תשובת מהרי"ק סי' קב שהביא להלכה את דינו של ר"ת, וכן הלבוש בסי' קלד סי' פסק כן הלכה למעשה.

חשוב לציין שהן המהרי"ק והן הבי"ב הביאו דברי ר"ת ללא כל ערעור ופקפוק, וכן הלבוש פסק כן להלכה. ובשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' יח כתב שאין חולק על דינו של ר"ת, וכתב בלשון זו – "איברא דרבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם ... על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם". וכן בספר סדר אליהו (לרבי אליהו אלפאנדארי ז"ל מח"ס מכתב מאליהו) סי' יג פסק להלכה שאפשר לנקוט הרחקות דר"ת באומרת מאיס עלי, למרות שלא ניתן לכפותו בגט.

מבואר היסוד בהלכה ל"הרחקות דר"ת", גם במקרה של טענת "מאיס עלי", כשהאשה מעוגנת בעיגון ממושך ללא מוצא, ולהלן נוסף ביאור בהלכה זו.

באותם המקרים שעל פי ההלכה לא ניתן לכפות את הבעל בגירושין, ובית הדין מבקש לשלול מהבעל מחצית מגמלת ביטוח לאומי, על מנת ללחוץ עליו לתת גט, יש לברר, האם שלילה כזו על פי ההלכה תחשב כפגיעה ברכושו של הבעל ותחשב כאונס ממון. או שאין לבעל זכות ממון בגמלה כזו, ושליטתה אינה אלא מניעת הטבה, כמניעת קבלת מענק מקופת גמ"ח או תמחוי, ובשל כך לא תחשב כאונס ממון.

מניעת הטבה אינה נחשבת כאונס

ר"ת פסק הלכה זו שמניעת הטבה אינה נחשבת כאונס. פסק דינו הובא בהגהות מרדכי במסכת גיטין סי' תסט ובתשובת מהרי"ק שורש קלג בלשון זו – "אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה חפוצה בו, אין לכופו לא בישראל ולא בגוים. אך אם נחבש בידי גוים בשביל מס או דבר אחר יכולים לומר לו - לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר, ואין זו כפייה, כיון שאין עושים לו דבר רע, כי אם מלמנע מלעזור לו".

הרמ"א בספרו דרכי משה סי' עז ס"ק י"ב הביא להלכה את דינו של ר"ת.

וכן בתשובת הריב"ש סי' רלב, השיב אודות בעל שנכלא על שעבר על הסכמת הקהילות שלא לקדש אלא בקהל עשרה, ולאחר שהסכים לתת גט שחררו אותו מכלאו. כתב הריב"ש שכיון שלא נאסר כדי שיתן גט, אלא נאסר כדין על שפרץ גדר וחוק, אם נמנעים מלהיטיב עמו ולשחררו עד שיתן גט, לא יחשב אונס לפסול את הגט בלא מסירת מודעא.

ח"ל שו"ת בנימין זאב סי' פח - "מצאתי בקונדרס ישן משם רבינו יום טוב ח"ל ... השיב גדול אחד, בתשובה המתחלת מקול מחצצים, והשיב לשלשה גדולי הדור, לרבינו שמואל ולרבינו אליהו ולרבינו משולם, וכתב שכל ההכרחות יעשו לו שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר ולא יקברוהו אם לא יגרש מרצונו בגט כשר על פי חכמי עירו, כי אין זה כפייה לדעת ר"ת. שאם קדש אדם אחד מישראל בת ישראל כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה רוצה בו, מן הדין אין לכופו ואין לעשותו לא בישראל ולא בגוים. ואחר נתפש בגנבה ונחבש ביד גוים על ידי ממון או ע"י נפשות, ויש כח בגדולי הארץ להועיל לו אצל המלכות להקל מעליו או לפוטרו משם, ואומרים לו לא נשתדל לך ולא נדבר לגוים עליך לא להרע ולא להיטיב אם לא תגרש אשה זו שקדשת, ונתרצה מאימת הגוים שלא ידינוהו לרע וכתב גט לאשתו ונותנו ואומר רוצה אני, נראין הדברים שהוא כשר. ויש ללמוד דבר זה מתשובת ר"ת, אם לא יכפוהו ממש לאוסרו במקום שהיה

הרי שאם מסר מודעא, אמנם אין ערך למודעא ללא מקצת אונס, אך לעניין זה מועיל גם אונס שהוא מניעת הטבה בלבד, כמו בסוגיא בב"ב, שנמנעת מלהנשא לו. אך בלא מסירת מודעא, מפורש בתשובת הריב"ש שמניעת הטבה לא תחשב כאונס, וכי אין סתירה לסברא זו מהסוגיא בב"ב.

ועיין בשו"ע חו"מ סי' רמב סעיפים ט"ו-י' שפסק כסברת הריב"ש שהיא דעת הר"י מגאש והרמב"ם, ולא חש לסברת ר"ח החולקת שהחמיר אף באונסא דנפשיה. ובחזו"א אה"ע סי' צט סק"ה כתב - "כיון דכבר הכריע בש"ע סי' רמ"ב סי' כהרמב"ם, וכבר פשטה הוראת השו"ע והרמ"א בכל ישראל, יש להקל אף בגט". על כן יש להסיק שבפנינו הלכה פסוקה שמניעת הטבה אינה כאונס גם לעניין גירושין.

האם לא יחשב כאונס, גם כשקיים חיוב להיטיב

בתשובת מהרי"ק הנזכרת, לאחר שהביא את דינו של ר"ת, כתב - "הרי לך דלא חשיב אונס מניעות עשיית הטובות, אף ע"ג דפשיטא דכל אדם מצוה ועומד להוציא ישראל חבירו ממסגר בהיות לאל ידו, אפילו הכי לא חשיב אונס במניעה, ה"נ לא חשיב אונס מניעות ההשתדלות. ואפילו את"ל שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו, דלא עדיף מהוציא ממסגר אסיר דלא חשיב אונס אפילו לענין איסור אשת איש החמור".

בשו"ת בית אפרים (חלק אבן העזר תניינא אה"ע סי' עד) כתב על דברי מהרי"ק - "אע"ג דמן הדין ודאי מחוייבים בית הדין וכל ישראל לעזור לו, ופדיון שבויים מצוה רבה היא, דשבי קשה מכולם, וגם יש בו משום לא תעמוד על דם רעך, אפ"ה אם אין רוצים להזדקק לו עד שיגרש, אין זו כפייה".

הבית אפרים הביא סיוע לדבריו מדברי מהרי"ק, והוסיף - "מבואר כמו שכתבתי, דאף בדבר שהוא חובה מן התורה לעשות, ובשב ואל תעשה אינו עושה עד שיגרש, לא חשיב כפייה ... דלא מקרי אונס אלא במה שכופין אותו בגופו או בממונו שכבר זכה בו שהוא כגופו, אבל לא במניעת הטוב ממנו אפילו בדבר שמחוייבין לעשות לו מן הדין כמ"ש ר"ת כו', ... ואפילו שהחיוב מוטל עלינו לפדותו, לא חשיב אונס לענין הגט כמ"ש מהרי"ק".

וכן בשו"ת בית שלמה חיו"ד ח"ב סי' צ' כתב שאף אם החיוב להיטיב מעוגן בתקנת קהל, עכ"פ ההימנעות ממנה תחשב כהימנעות מלהיטיב שאינה כאונס.

ובשו"ת דבר משה (להג"ר חיים משה אמאריליו) ח"א יו"ד סי' מז הובאה דעת חכם אחד שסבר שאם פלוני מחוייב להעיד לחבירו ואינו מעיד לו עדות, מניעת העדות יחשב כאונס, והדבר משה דחה דבריו וכתב - "ואני לא ידעתי מהו שח, דאה"נ דאם אינם מעידים עוברים על לאו דאם לא יגיד, סוף סוף מניעת טובה הוי בשב ואל תעשה, ואין זה אונס למהרי"ק ז"ל".

בספר שארית יוסף (בתשובתו הנזכרת) כתב - "קשה לי על סברת מהרי"ק הנ"ל דכתב דמניעת הטוב לא הוה אונס, מהא דגרסינן פרק חזקת הבתים אמר רבא והוה מודעה לחבירתא אמר רב פפא והא דרבא לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר דהוה גברא דאזל לקדושי איתתא אמרה ליה אי כתבת לי לכולה נכסיך הוינא לך ואי לא אזל כתביה לכולהו נכסי אתא בריה קשישא א"ל והוה גברא מה תהא עליו אמר להו לסהדי זילו איטמורו בעיבר ימינה וכתבו ליה אתו לקמיה דרבא אמר לא מר קנה ולא מר קנה מאן דחזא סבר משום דהוה מודעה לחבירתא ולא היא התם מוכחא מילתא דמחמת אונס הוא דכתב לה אבל הכא כו'. הרי בהדיא שמניעת הטוב שלא רצתה לקדש לו הוה אונס, וקשה על מהרי"ק הנ"ל. בודאי לפירוש התוספות והרא"ש וריב"ם לא קשה מידי דסבירא להו דבמתנה בלי שום אונס הוי מודעה, א"כ נוכל לומר שאף שאין כאן אונס כלל הוי מודעה, וכן כתב המרדכי בהגהות דריב"ם ס"ל דאין זה אונס כלל ... אבל לפירוש רשב"ם והמרדכי הנ"ל דס"ל דזה מקרי אונס, קשה על מהרי"ק הנ"ל דסבירא ליה דמניעת הטוב לא מקרי אונס".

אך הדברים התבארו היטב בתשובת הריב"ש סי' רלב, בתשובתו על הנידון הנזכר לעיל כתב - "הרי זה היה תפוש לעינינו, ויודע שכשיגרש יתירוהו ממאסרו, א"כ הרי הוא כאלו נאנס לגרש, כיון שמסר מודעא קודם לכן מחמת זה האונס. ואע"פ שאונס זה אין מספיק לבדו לבטל הגט מדין גט מעושה, היכא שלא מסר מודעא מתחלה, כיון שלא נתפש על שגרש. מ"מ, כשמסר מודעא מתחלה, אף אם נאמר שאין מסירת מודעא מועלת אלא ע"י אונס, אפ"ה קצת אונס מועיל להחשיב המודעא, אע"פ שאינו אונס גמור מצד עצמו. וראיה לזה מדאמרין בפרק חזקת (מ"י:), גבי מתנתא טמירתא, אמר רבא והוי מודעא לחברתה, והא דרבא לאו בפירוש איתמר, אלא מכללא איתמר. דהוה גברא דאזל לקדושי ההיא אתתא, אמרה ליה אי יהבת לי לכולהו נכסיך הוינא לך, ואי לא, לא הוינא לך, אזל למכתב לכולהו נכסיה, אתא בריה קשישא אמר ליה והוה גברא מה תהוי עליה, אמר להו לסהדי זילו איטמור בעבר ימינא וכתבו ליה, אתו לקמיה דרבא, אמר להו לא מר קנה ולא מר קנה, מאן דחזא סבר משום דהוי מודעא לחברתה, ולא היא, התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה, אבל הכא, מר ניחא ליה דליקניה, ומר לא ניחא ליה דליקניה, ע"כ. והדבר מבואר, שאונס זה לאו אונס גמור הוא, שאם ירצה לא ישאנה ולא יתן לה נכסיו, ואם לא היתה מתנת הבן שקדמה לה, היתה מתנת האשה מתנה גמורה, ואע"כ מבטל אותה מתנת הבן הקדומה, והויא לה מודעא מחמת אונס גרוע כזה, אע"ג דבעלמא בלא אונס כלל אמרינן דלא הויא מודעא לחברתה. בנדון זה ג"כ, אף אם נאמר שאין מודעא בלא אונס, הנה הדבר שנראה כאונס מועיל לקיים המודעא, אע"פ שאינו אונס גמור מחמת עצמו, עכ"ל הריב"ש.

קניין בקצבאות אלו, ושליטתן או צמצומן, יחשבו כפגיעה בממונו וברכושו של הבעל. וכשהדבר מבוצע ביחס לטרבן גט, הדבר יחשב ככפיית הבעל בממונו, כנטילת ממונו על מנת שיתן גט. ויהיה ניתן לנקוט בצעד כזה רק בנסיבות שבית הדין פוסק לכפותו בגירושין. האם דינו של המוסד לביטוח לאומי כחברת ביטוח מסחרית רגילה, ודינה של קצבת ביטוח לאומי כתשלום דמי ביטוח המשולמים על ידי חברת ביטוח מסחרית, לאחר אירוע המחייב תשלום דמי ביטוח, ופגיעה בזכות קניין כוזב תחשב כאונס ממון.

או שעל פי ההלכה, הזכות האזרחית לקצבאות אלו, אינה זכות מוקנית, ופגיעה בה אינה כפגיעה ברכושו או בממונו, ולאחר שבית הדין פסק לנהוג ביחס לבעל "הרחקות דר"ת", ניתן למנוע ממנו קצבאות אלו או לצמצמן.

בירור הלכה זו מחייב מחקר להבהרת טיבו של המוסד לביטוח לאומי וגמלאותיו, ובחינת פסקי הדין שניתנו מאז הוקם המוסד לביטוח לאומי, והמתייחסים לגמלאות אלו. להלן מפסקי דין של חכמי זמנינו שקבעו שתשלום קצבאות ביטוח לאומי יחשב כתשלום צדקה ותמחוי, וכי עפ"י ההלכה, קצבה זו אינה כזכות המוקנית לאזרח, ובטרם שולמה לו אינה כרכושו, ואין לו בה זכות ממון.

קיוזו גמלת ביטוח לאומי מדמי מזונות האשה

בפס"ד מביה"ד ת"א (פד"ר כרך יא עמ' 196), עמדה לדיון השאלה האם הבעל יחוייב במלוא דמי המזונות לאשתו, בנוסף לקצבת הזקנה המשולמת לה מהמוסד לביטוח הלאומי.

הנחת היסוד היא, שהטבה ממונית המוענקת לאשה מטעם גורם אחר, ולא מהבעל, אינה מקוזזת מדמי המזונות, וכפי העולה מהמשנה במסכת כתובות דף קא:.. אך עדיין נותרה לבירור השאלה, האם הבעל יכול לייחס לעצמו הטבה כזו של קצבת זקנה, אם במשך השנים שעברו הבעל שלם עבורה את דמי הביטוח הלאומי החודשיים. האם יש מקום לטענה שהזכאות לקצבת זקנה באה מכוחו של הבעל.

בפסק הדין כתב הגר"ג צימבליסט שליט"א – "לכאורה היה אפשר לטעון שכיון שבזמנו שילמה עבור הביטוח מדמי המזונות שנתן לה הבעל, א"כ הרי זה כאילו הוא שילם עבורה לצורך ביטוח זקנה, וא"כ יוכל הבעל לומר: אני הוא שסידרתי לך את הביטוח הזה, והוא כאילו העמדתי גברא בחריקאי, שהביטוח הלאומי ישלם לך דמי מזונות במקום חיוב המזונות שלי. אולם נראה שאין הדבר כן, כי גם אם הבעל היה הולך מיוזמתו הוא ומבטח אותה מכספו, עדיין יש לומר שאין זה נחשב כאילו העמיד גברא בחריקאי. שמשטבר שהביטוח הלאומי אינו משלם את הקצבת הזקנה כתמורה עבור התשלום הקטן שמשלמים כל חודש, אלא זוהי הטבה סוציאלית שנותנת המדינה לאזרחיה הזקנים, ורק הנאי הוא שהתנו שצריך לשלם מראש כך וכך. אבל התשלום אינו אלא סמלי בלבד, שהרי אין כל ערך והשוואה

למרות זאת, אם הנאנס כבר זכה בזכות ממונית, ומבקשים ליטול ממנו זכותו, זו אינה מניעת הטבה בלבד אלא כאונס של נטילת ממונו. עיין שם במהרי"ק שכתב כן על זכותו של עם ישראל בארץ ישראל, לאחר שהובטחה לאברהם אבינו, שביטול זכות כזו היתה נחשבת כאונס ממון, אף שעדיין לא נכנסו לארץ, ולא ירשו אותה בפועל.

וכן בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ג' סי' לו כתב שאין להתייחס לביטול זכות שכבר זכה בה כמניעת הטבה. כגון ראובן התחייב להלוות לשמעון וההתחייבות היא ברת תוקף, אם ראובן הפר את ההתחייבות, אין זו רק מניעת הטבה להלוותו, אלא יחשב כנטילת זכות קנויה, לאחר שכבר שמעון זכה בזכות לקבל את ההלוואה, אף שעדיין לא קבל לידו את המעות. וכתב מהר"ש ענגיל ז"ל – "זה דבר פשוט דאם כבר נתן אחד מתנה לחבירו בקנין המועיל ואחר זמן מפחידו שיקח ממנו המתנה בחזרה בחוזק יד, וע"י זה מוכרח מקבל המתנה להבטיח לו דבר, בוודאי מיקרי אונס, דכיון דכבר זכה בדבר הוי כמפסידו דבר שהוא שלו, ועיין בפרשת דרכים שהוכיח זה מדברי מהרי"ק והתוספות דמשום הכי חשיבי ישראל אנוסים על קבלת התורה בערבות מואב, שהיו יראים שלא יכנסו לארץ, אף דזה חשוב רק כקבלת טובה, מ"מ כיון דכבר זכה אברהם אבינו ע"ה בארץ ישראל במה שהתהלך לאורכה ולרחבה, שוב הוי כמפסידם ליקח דבר שלהם וחשיבי כאנוסים עיי"ש. א"כ ה"נ אם כבר זכה הלואה בזכות זה עפ"י דין תורה שמחוייב להלוות לו, א"כ במה שרצה לחזור מהחיוב שמוטל עליו על פי דין תורה הוי אונס גמור, דהוי כלוקח ממנו מתנה שכבר נתן לו, כמו דשם עדיין לא באו ישראל לארץ ישראל, אפ"ה חשוב כלוקח מהם דבר שלהם כיון שכבר זכו בה, ה"ה הכא הוי כרוצה ליקח ממנו דבר שכבר זכה בו. ופשיטא דאשה שנישאת כבר לאיש ולא תרצה לדור עמו עד שיתן לה מתנה דידיה, חשוב מתנה באונס דאחר הנישואין משועבדת והוי כרצונה לגזול ממנו דבר שלו".

העולה מדברינו שיש להבחין בין מניעת הטבה שאין בה שלילת זכות קנויה של הנאנס, שאינה נחשבת כאונס, גם אם מוטל חיוב מן התורה להיטיב עמו, וחיוב כזה אינו יוצר זכות קנויה אצל הנאנס. ובין מניעת הטבה, הכוללת שלילת זכות שהנאנס כבר זכה בה, שדינה כאונס גמור.

בהתאם לאמור, גם אם מקבל קצבת ביטוח לאומי מוגדר כ"עני" עפ"י ההלכה, ונתנית הצדקה והתמיכה לסייע לו בקיומו היא מצוה מהתורה, אף על פי כן אם הבעל מסרב לתת גט בניגוד לדעת בית הדין, ניתן למנוע ממנו קבלת צדקה ותמחוי, כל עוד לא זכה בזכות ממון בקצבה זו. ככל שהדבר נוגע לכשרות הגט, עלינו לבחון אם עפ"י ההלכה מקבל גמלת הביטוח כבר זכה בזכות ממון באותה גמלה.

על מנת להכריע בשאלה זו עלינו לברר מה טיבה של קצבת ביטוח לאומי, עפ"י ההלכה. האם הזכות החוקית והאזרחית לקבל קצבאות ביטוח לאומי, מקנה לזכאי זכות

לקבל את הקצבה (על פי העקרונות הקבועים בחוק), היה מקום לחוש לאיסור ריבית בגין עיכוב בתשלום החודשי, מכיון שבאמצעות התשלום החודשי המשולם, האזרח זכאי לקבל תמורה ידועה.

אלא שבספר נתיבות שלום להג"ר שלום גלבר שליט"א, בהלכות ריבית סי' קעו ס"ז (עמ' תרטו) ברר שאלת חשש איסור ריבית בתשלום רבית לביטוח לאומי ולחוב ארנונה עקב איחור בתשלום, וכתב לחלק בין מס המוטל על שותפים בבית משותף שהמס נועד באופן ישיר למימון הוצאות השותפות, ובין מס המשולם למוסד לביטוח לאומי.

וכתב שם – "לכאורה יש לדון שאין בזה איסור ריבית. משום שחיובים אלה של ארנונה וביטוח לאומי אינם בגדר תשלום על שירותים מסויימים, אלא הם כעין מס המוטל על התושבים, וכאשר הטיל השלטון מס זה, הודיע שמי שלא ישלם בזמן ישלם תוספת, והכל בכלל החיוב הראשון. ואף שהסיבה לתשלום ארנונה היא השירותים שנותנת העירייה לתושבים, מ"מ אין זה מוגדר כתשלום שירותים אלא כפירעון מס ... יותר נראה שבמיסי העיר אין בהם ריבית, ואף אם נחמיר שיש ריבית בשותפות כגון בעמותה או בבית משותף, מ"מ מיסי העיר האידנא הוו כחוב המוטל מהשלטונות על התושבים, ולא כחוב הדדי של שותפים זה לזה. מש"כ תשלום עבור מים או חשמל הוי ממש תשלום מקח ושכירות ויש בזה חשש ריבית".

הרי שנשלל החשש לאיסור ריבית עקב איחור בתשלום מסי ביטוח לאומי, מפני העדר הזיקה שבין חובת תשלום המס החודשי ובין הזכות לקבלת הקצבה.

וכן בספר "שערי הוראה" (קובץ ח', בני ברק תשס"ז) בפסק דינו של הר"ג ר"ש שכטר שליט"א כתב בעמ' קנז בפשיטות שאין איסור ריבית עקב איחור בתשלום מיסי ביטוח לאומי, וכתב – "בכל המסים אין החוב נוצר עקב תמורה או כסף שקיבל האדם מהרשות, אלא הוא חוק המלך והממשלה לחייבו במסים. ומשום כך אין כאן את יסוד ההלוואה שהוא אגר נטר המתנת מעותיו, ורק החלטת הרשויות היא שהוא חייב כסף והם החליטו שהמשלם ביום זה חייב מאה וביום אחר חייב יותר".

חיוב מעשר כספים מתגמולי ביטוח לאומי וקיזוז התשלום החודשי

בספר צדקה ומשפט להגרי"י בלויא שליט"א פרק ה' הערה לב, בעת ברור שאלת ניכוי הוצאות לצורך חישוב מעשר כספים, וביחס לשאלה זו יש לדון אלו הוצאות יש לנכות מהכנסתו מפני שכתוצאה מהוצאות אלו יש להתייחס להכנסתו כהכנסה נמוכה יותר, לעומת הוצאות שיחשבו כהוצאות לצורך מחייתו וכיוצא"ב שאין לנכותם מהכנסתו, וכתב – "לענין מעשר ממשכורת, נראה שמה שמנכים ממנו מס הכנסה אינו נחשב בכלל שכרו, ואף ניכויי ביטוח לאומי, נראה שיכול לנכות, ובעת קבלת הקצבה או

בין התשלום הקטן המשתלם מראש, לבין ההקצבה הניתנת אח"כ. ואם כן הרי הקצבה הזו ניתנת לה, למרות שהוא יזם את הביטוח והוא שילם את התשלומין. וא"כ שוב לא יוכל לומר שההקצבה הזו עומדת במקום חיובו למוזנות, שהרי אין נותנים אותה בגינו אלא בגינה" עכ"ל בפסק הדין.

ובספר פתחי חושן (הלכות ירושה ואישות פרק י' הערה ב') התייחס לשאלה האם הקצבאות השונות יחשבו כמעשי ידיה של האשה שהם לבעל, וכתב – "יש לדון בתשלומים שונים הנהוגים בזמננו שהעובדים מקבלים, אם דינם כמעשי ידיה ... יש לדון בקצבת זקנה המשתלמת ע"י הממשלה או קרן מיוחדת. ואם הקצבה ניתנת לכל האנשים, גם לאלו שלא עבדו, פשוט שאין זה בכלל מעשי ידיה אלא דינם כנכסי מלוג. ואף אם ניתנת רק לעובדים, אבל אין צורך בתשלום מיוחד כדי לקבל את הקצבה, הרי זה נכסי מלוג. ומה שהמעביד משלם באופן כללי מס עבור העובדים, כגון ביטוח לאומי, אע"פ שבגלל זה היא מקבלת את הקצבה, נראה שאין זה בכלל מעשי ידיה. שהתשלום חובה על המעביד ולא למטרה זו בלבד, וגם אין הקצבה תלויה בגובה המשכורת. אמנם אם יש תשלום מיוחד למטרה זו, אע"פ שהוא חובה, יש לדון בזה, כיון שהקצבה תלויה בתשלום המעביד, ולמטרה זו במיוחד, יתכן שזה שוב כחלק ממעשי ידיה. ומ"מ נראה יותר שאין זה כמעשי ידיה, שהרי עיקר הקצבה ניתנת מחמת הגיל, ואילו מתה קודם לכן לא היתה מקבלת, נמצא שבזכותה באה הקצבה ודינם כנכסי מלוג, ועדין יש לעיין".

ובספר פתחי חושן (הלכות ירושה ואישות פרק יא הערה א') בהתייחסותו לזכותה של האלמנה לגבות דמי מוזנות מהיורשים בעת שהיא זכאית לקצבת ביטוח לאומי, כתב – "נראה שקצבה שהאלמנה קבלת, אם זה קצבת שאירים או קצבת זקנה או פנסיה, אע"פ שמכח בעלה נותנים לה, אין זה בכלל מעשי ידיה, אלא מעות שנתנו לה. וכ"ש קצבה שהיא זכאית לכך שלא מכח בעלה, שאין ליורשים שום זכות במעות אלה, והם חייבים במוזנותיה. וכל זה במעות שהיא מקבלת מטעם המוסד לביטוח לאומי וכדומה בשאר ארצות, שאינו ממעות שחסך הבעל, אבל תשלומי פנסיה שהבעל שילם והיא מקבלת עפ"י מה שהוא רשם אותה בקופת הפנסיה כנהנית" וכו'.

הרי שהגר"ג צימבליסט שליט"א והגרי"י בלויא שליט"א בספר פתחי חושן, קבעו שהאזרח הזכאי עפ"י חוק לקצבה, אינו זוכה בקצבה זו מכח התשלום ששולם לביטוח הלאומי במשך השנים, על ידו או על ידי בן זוגו, אלא זוהי הטבה של המדינה עבור אזרחיה, ודינה כמענק בלבד.

מעמדה של גמלת ביטוח לאומי לענין ריבית

יש מקום לברר האם חל איסור ריבית, בריבית המוטלת על האזרח שאינו משלם בזמן את חובו לביטוח הלאומי. אילו היה מקום לקבוע שבאמצעות תשלום החיוב החודשי, עבור המוסד לביטוח לאומי, האזרח קונה זכות

שאינן בה שינויים במעט או בהרבה כידוע. אלא דהם גופם קבעו שיש להשוות בחלוקה זו את כל העם, דהיינו שכל מי שעונה על הדרישות שהעמידו והתנו לכל תקציב כמידתו ולפי שיעורו, ואם ימנעוהו הוא רשאי לתובעם במשפט ולהוציא מהם את הראוי לו, ואין הם רשאים לחלק בין דם לדם ולקפח שום אחד, אלא חייבים לחלק הכסף על פי אמות המידה שקבעו בחוק התקציב, ואע"פ כן אין זה פירעון חוב רק חלוקת כספי צדקה, כי מטרת החוק ברורה ומפורסמת להשוות בין כל האזרחים ואין זה חוב רגיל".

בירור טיבו של המוסד לביטוח לאומי וקצבאותיו

מקובל בבתי הדין, שבאותם מקרים שלצורך פסק הדין נחוצה חוות דעת מומחה, מציגים לבית הדין חוות דעת של מומחה מטעם איש מקצוע בתחום הרלוואנטי, על מנת לאפשר לבית הדין לפסוק דין אמת לאמיתו.

ונציין לגמרא במסכת שבת דף י. - "כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית". מהו דין "אמת לאמיתו", אלו שתי אמיתויות המתבררות לפני הדיין, פירש הגר"א (אדרת אליהו על התורה פרשת ראה פי"ג פט"ו) שהן אמיתות המציאות ואמיתת ההלכה. אם ידע הדיין את פרטי המקרה שבא לפניו לדין אך לא ידע את ההלכה במקרה כזה, לא יוכל לפסוק את הדין. וכן אם ידע הדיין את ההלכה על כל מקרה ומקרה אך לא ידע מה אירע במקרה שבא לפניו לא יוכל לפסוק את הדין. על מנת שיפסוק פסיקה נכונה עליו לדעת גם את המציאות וגם את ההלכה, ואז יוכל להתקבל "דין אמת לאמיתו".

בד בבד עם בירור ההלכה בנידון שבפנינו עלינו לבסס את פסקי ההלכה הנוכחים מתוך מקורות נוספים שעסקו בבירור הגדרת מעמדו של המוסד לביטוח לאומי, הן מתוך מאמרים שכתבו המומחים בנושא, והן מפסקי בית הדין הארצי לעבודה, שנוקקו לבירור הגדרת טיבו ומהותו של המוסד לביטוח לאומי.

מקורות אלו הן אסמכתא מקצועית להגדרת טיבן של הקצבאות, ומעמדן כחוות דעת מומחה להבהרת המציאות עליה דן בית הדין. וכאן המקום להודות לידידי עו"ד הרב דוד לסגולד הי"ו שהמציא לעיוני את האסמכתאות דלהלן.

אופיו הבסיסי של המוסד לביטוח לאומי

בכתב העת "ביטחון סוציאלי" גליון 67 - טבת תשס"ה, התפרסם מאמר של אברהם דורון הנקרא "שינוי מעמדו של המוסד לביטוח לאומי".

לתיאור הרקע שקדם לחקיקת חוק ביטוח לאומי מצוטט קטע מפרוטוקול ועדת המשנה לחוק הביטוח הלאומי (מיום 8 באפריל 1953) ובו נכתב - "צבי בריניב, היועץ המשפטי של משרד העבודה וממכיני הצעת החוק, הסביר את עקרונות ההצעה: מקובלות שלוש דרכים להנהלת הביטוח

שאר הנאה יעשר אז ... אבל ניכויים שאילו לא היו מנכים היה צריך לתת משלו, כגון תשלום העובד לקופת חולים וכדומה, פשוט דהוי כבא לידו הנאה, וחייב לעשר כדין הוצאות מזונותיו".

הרי שכתב בפשיטות, שתשלומי ביטוח לאומי יחשבו כתשלומי מס, ולא יחשבו כהוצאה לצורך רכישת הזכות לקבל את הקצבה בעתיד.

וכן בספר באורח צדקה (להרב יחזקאל פיינהנדלר) פרק ט' סעיף כג הביא הוראה מהגאון רבי נסים קרליץ שליט"א, וכדלהלן - "המקבל כסף מביטוח על חולי, או ממעביד מבית משפט וכדומה, צריך לעשר כסף זה, אלא שמוריד את ההוצאות שהיו לו לצורך הרפואה וקבלת הכספים מהביטוח. כמו כן רשאי לנכות בזמן קבלת הכסף את עלות הביטוח ששילם במשך השנים, וזאת בתנאי שלא היה חייב לשלם ביטוח מסוג זה".

ובהערות כתב - "שמעתי מהגר"נ קרליץ שליט"א, דפשוט שמיקרי ריוח המבואר בספרי שהו"ד בתוס' תענית דף ט ע"א שצריך לעשרו. אך לענין ניכוי ההשקעה שלו שבמשך השנים שילם לביטוח כסף, חילק הגר"נ בין סוגי הביטוח. דביטוח שאף אם לא אשלם לו, אקבל קצבה, כי כך חוק המדינה בביטוח כזה אינו יכול לנכות את התשלום ששילם עבורו, וכמו ביטוח לאומי שאף אם לא ישלם להם, יקבל מהם קצבת נכות וכדומה, ואף ששילם במשך השנים לביטוח זה, מ"מ מאחר ובכל אופן היה מקבל, אי אפשר לקרוא לזה 'הוצאה'. אך ביטוח רפואי או ביטוח חיים וכדומה, שרק בגלל ששילם להם במשך הזמן בגלל זה הוא מבוטח, רשאי לנכות את הסכום ששילם להם מהכסף שמקבל מהם עתה דבאופן זה מיקרי 'הוצאות' לקבלת הסכום ואין כל הסכום נחשב ריוח".

תשלום גמלאות מכספי, מעשר עני' המצויים ברשות המדינה

בחינת טיבן של גמלאות אלו התעוררה גם מצד הגורם המעניק את הגמלאות אלו. יש שנדרשו לשאלה האם אותן קצבאות המועברות לאזרחים עניים, יוכלו להילקח מכספי מעשר עני המצויים ברשות המדינה.

הראש"צ הרב הראשי לישראל הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א בספרו שמע שלמה ח"ג בענייני זרעים סי' כב כתב - "לענ"ד נראה הדבר פשוט, דאפשר לקיים בזה מצות מעשר עני, ולפרוע גם הקצבאות הקבועות מדמי מעשר עני, דאין זה חוב שנוצר על ידי הלואה או בגרימת נזקים וכיו"ב, רק זו חלוקת צדקה לציבור גדול ומגוון הזקוק לה. ואע"ג דאפשר לאדם הזכאי להקצבה זו עפ"י הכללים הקבועים בחוק, להוציא את זה ע"י תביעה משפטית בעל כרחם של הרשויות, מ"מ זה נובע מכוח החוק שהם חוקקו, ובכל שנה מחוקקים את חוק התקציב, ויש בידם לשנותו כאות נפשם, להוסיף ולגרוע, ולבטל קצבאות מסוימות או לחדש קצבאות חדשות, והפה שאסר הוא הפה שהתיר. תדע שאין שנה

להפעיל את תוכניות הביטוח הסוציאלי מטעם המדינה. בסעיף 2 של החוק המקורי שהתקבל ב-1953 נאמר: "מוקם בזה מוסד לביטוח לאומי שיפעל במסגרת חוק זה והתקנות שיותקנו על פיו". במשך השנים הפך המוסד להיות זרוע מרכזית של הממשלה להפעלת תוכניות לא-גבייתיות שונות של תשלום גמלאות שאינן ביטוחיות באופיין, דהיינו שאינן מעוגנות בחוק הביטוח הלאומי, לקבוצות שונות באוכלוסייה. בתיקוני חוק שנעשו במשך השנים נקבע, שהמוסד רשאי לקבל על עצמו תשלום גמלאות מטעם הממשלה שלא על-פי חוק הביטוח הלאומי ואוצר המדינה יחזיר למוסד את הסכומים שיוציא המוסד למטרה זו (ראו סעיף 9 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשמ"ה-1995). בחוקים אחרים, דוגמת חוק הבטחת הכנסה, נקבע, ש"גמלאות על-פי חוק זה ישולמו מאוצר המדינה באמצעות המוסד לביטוח לאומי", (סעיף 25 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980). המוסד לביטוח לאומי הפך להיות אפוא מעין סוכן של הממשלה לביצוע תשלומי גמלאות מטעמה".

הזיקה שבין תשלום דמי הביטוח לזכאות לקבלת גמלה בבוא היום

מבחן נוסף לקביעת מעמדו של המוסד לביטוח לאומי הוא, הזיקה שבין תשלום דמי הביטוח ובין הזכאות לקבלת גמלה בבוא היום.

במאמר שכתב שופט בית הדין הארצי לעבודה בדימוס יצחק אליאסוף ששמו "הביטוח הלאומי - גמלאות והטבות סוציאליות", והתפרסם בשנתון משפט העבודה - ד', נכתב כדלהלן - "המאפיינים הבסיסיים העיקריים של שיטת הביטוח הסוציאלי בישראל על פי חוק הביטוח הלאומי פורטו בדב"ע תש"ן-22 המוסד לביטוח לאומי - גליק, כדלקמן - "הביטוח הלאומי איננו 'שירות סוציאלי' הממומן מכספי כלל משלמי המסים, אלא הוא 'ביטוח סוציאלי' הממומן ברובו מדמי הביטוח, המשולמים על ידי המבוטחים או בעדם ... דמי הביטוח המשולמים על פי חוק הביטוח הלאומי אינם בגדר 'דמי ביטוח' הנוכחים בסעיף 1 לחוק חוזה הביטוח תשמ"א-1981, והמשולמים באופן וולנטרי על ידי מי שעורך ביטוח מסחרי, ואין בהכרח קשר ישיר בכל המקרים בין דמי הביטוח לבין הגמלה לה זכאי המבוטח. הביטוח על פי חוק הביטוח הלאומי הוא ביטוח חובה שהיקפו נקבע בחוק, ושיעור דמי הביטוח נקבע אף הוא בחוק או על פיו. אמנם במספר ענפי ביטוח מחושבת הגמלה על בסיס הכנסתו של המבוטח שלפיה שולמו דמי הביטוח, אולם הוראה זו היא אחת מני כמה מאפיינים היכולה אף לשמש כאחד האמצעים בפירוש החוק ... בענפי ביטוח אחדים נעשה מימון הביטוח על פי תשלום דמי ביטוח שאין קשר ביניהם לבין הגמלה שאותה יקבל המבוטח. כך לדוגמה בענף ביטוח זקנה ושאיירים, שיעור גמלת הזקנה הבסיסית

הלאומי: האחת היא, שהביטוח הלאומי הוא אורגן ממשלתי ... ישנה דרך קיצונית שנייה - הביטוח הלאומי מתנהל על ידי מוסדות בלתי תלויים לחלוטין, של המבוטחים. דרך זו מקובלת בעיקר באותן ארצות שבהן הביטוח אינו חובה ואיננו מקיף את כל האוכלוסייה והוא נתון בעיקר בידי הרשויות המקומיות וגופים וולונטריים. הדרך השלישית היא שיש ביטוח חובה הכולל את כל התושבים והמוסד הוא אוטונומי, כדי לתת למבוטח את ההרגשה שעניינו נחתכים על יד נציגיו המיוחדים. אנו נקטנו בדרך הסינתזה. אנו מקימים את המוסד לביטוח לאומי כגוף ממלכתי, אך לא ממשלתי. ההבחנה בין שני גופים אלה ניתנת להיעשות. המוסד איננו גוף הנתון לשליטה חופשית של המבוטחים, אולם יש חוק הקובע את דרכי הביטוח, את דרכי ההנהלה וקושר קשר ישיר בין מוסדות הביצוע ומוסדות הממשלה. גם בארצות אחרות נקטו בדרך זו".

יעוד סכומי הכסף שנגבו מהאזרחים

המבחן בקביעת מעמדו של המוסד לביטוח לאומי מתקיים בהתאם לכמה מדדים.

ראשית, האם סכומי הכסף הנגבה מהאזרחים, נשמר לזכותם בנאמנות עבורם בלבד. חברת ביטוח רגילה שומרת את כספי המבוטחים בנאמנות ומחוייבת לנאמנות למבוטחים בלבד, תוך גביית אחוזים עבור הוצאות תפעול ושכר טרחה, אך אינה רשאית לשקול שיקול אחר בעת קביעת מסגרת שמירת סכומי הכסף שנצברו ברשותה.

במקרה של המוסד לביטוח לאומי, המוסד לביטוח לאומי אינו נוהג כשאר חברות הביטוח, וסכומי הכסף שנגבו אינם נשמרים בנאמנות עבור המבוטחים. סכומי הכסף שנצברו לא נשארו בתוך מערכת הביטוח הלאומי, אלא עברו לטובת תקציב המדינה השוטף.

במאמר הנ"ל של אברהם דורון נכתב כדלהלן -

"סעיף 88 של החוק המקורי (חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953) קבע, ש"כספי המוסד שאינם מיועדים לכיסוי הוצאות והתחייבויות שוטפות יושקעו בהשקעות קונסטרוקטיביות על ידי המנהלה בהתאם להמלצות המועצה שאושרו על ידי שר העבודה". מנכ"ל הביטוח הלאומי לוטן פירש זאת כך: "המוסד רשאי להשקיע את עתודותיו באוצר המדינה, אולם איננו חייב לעשות כך", (לוטן, 1964, עמ' 46). אולם, המוסד אף פעם לא היה חופשי להשקיע את עתודותיו מחוץ לאוצר המדינה ומעולם גם לא עשה זאת. העברת חוק הביטוח הלאומי בכנסת ב-1953 הובטחה מלכתחילה, רק לאחר שלוי אשכול, שכהן אז כשר האוצר, שוכנע שהעברת החוק, נוסף לשיפור הרווחה של האוכלוסייה, תביא לכך שהתוכניות הביטוחיות החדשות תצבורנה בשנים הראשונות רזרבות כספיות גדולות שיתמכו במדיניות הפיסקלית של הממשלה, ויביאו גם יתרונות כלכליים למשק ... המוסד לביטוח לאומי הוקם כאמור כדי

הערך' היינו עקרון המחייב 'יחסיות של תמורה ותמורה שכנגד', ובקביעת שיעור דמי הביטוח – התמורה של המבוטח – שוקלת, לא רק התמורה שכנגד שתינתן על ידי המבוטח, אלא גם 'הסיכון' שבמבוטח, כגון גילו או מצב בריאותו. בביטוח סוציאלי אין כל משקל, או כמעט ואין כל משקל לגורמים האמורים. השוקל בביטוח הסוציאלי הוא יכולתו של המבוטח לשלם, מחד גיסא, והצרכים שהחברה רואה לחובה ולאפשרי לספקם, מאידך גיסא".

המוסד לביטוח לאומי משלם אף גמלאות לא-גבייתיות, אשר אינן מושתתות על תשלום דמי ביטוח לאומי. גמלאות אלה הן "תקציביות" ומשתלמות מאוצר המדינה או מתקציבו של גוף ציבורי אחר, באמצעות המוסד לביטוח לאומי. שילוב המוסד לביטוח לאומי בתשלום הגמלאות הלא-גבייתיות לאוכלוסייה, נעשה הן מטעמים מנהליים (ריכוז תשלום הגמלאות הסוציאליות לאוכלוסייה בידי גוף מרכזי אחד) והן מטעמים של התייחסות כוללת ורחבה של נושאי הבטחון הסוציאלי והרווחה על ידי גוף ממלכתי מרכזי אחד.

אחת הגמלאות הלא גבייתיות המשולמות על פי הוראות חוק או תקנות, היא הגמלה להבטחת הכנסה, המשולמת לפי חוק הבטחת הכנסה תשמ"א-1980.

העולה מהאמור –

אין זיקה בין חובת האזרח בתשלום מס למוסד לביטוח לאומי, ובין הזכות לקבלת גמלה. אלא מצד אחד קיימת חובת תשלום מס למוסד לביטוח לאומי, ומאידך, האזרח זכאי לגמלה על פי הוראות החוק. וכפי העולה מפסיקת בית הדין הארצי לעבודה שכתב - "ההתדיינות בין התובע גמלה מכוח חוק הביטוח הלאומי ובין המוסד לביטוח לאומי, אינה התדיינות בין אזרח לאזרח למימוש זכות חוזית, אלא התדיינות בין אזרח וגוף ממלכתי למימוש זכות מכוח החוק" דב"ע לא/6-0 (ה"ש 16) בעמ' 99, דהיינו הערכאות המשפטיות המקיימות הליכים משפטיים בין המוסד לביטוח לאומי ובין האזרח, אינן מתייחסות להליך זה כהליך לתביעת זכות ממון מוקנית, אלא כהליך שבו האזרח תובע קבלת זכות אזרחית בלבד.

כמה מאפיינים העומדים ביסוד המוסד לביטוח לאומי מביאים אותנו למסקנה הנ"ל.

ראשית, תשלום הביטוח הוא חובה, המקיף את כלל האוכלוסייה. ואינו כתשלום ביטוח בחברה מסחרית שהוא רשות ונעשה בהתאם לשיקול דעת חופשי של כל אדם.

דמי הביטוח הלאומי נגבים מכח הוראת חוק בעל כרחו של האזרח, אין כאן יסוד של חוזה בין שני צדדים, שהרי העיקרון הראשון בכל חוזה, הוא הסכמת שני הצדדים לביצוע העסקה.

שנית, הכסף עובר לאוצר המדינה, ואינו נשאר בקופת המוסד לביטוח לאומי, עובדה המוכיחה שהמוסד הוא זרוע ממשלתית, שקבלה סמכות לגביית מסים, לטובת אוצר המדינה.

הוא אחיד בעוד דמי הביטוח משולמים על פי גובה הכנסתו של המבוטח. יש ומבוטח משלם או משתלמים בעוד דמי ביטוח בענף שבו לא יקבל גמלה (לדוגמה, תשלום דמי ביטוח על ידי עובד בענף ביטוח אימהות, או תשלום דמי ביטוח שירותי מילואים על ידי מי שפטור משירות מילואים). לעומת זאת יש ומבוטח יהיה זכאי לגמלה גם אם לא שילם דמי ביטוח כלל, וגמלתו תמומן למעשה בידי כלל המבוטחים המשלמים דמי ביטוח.

כללו של דבר: שיטת הביטוח הלאומי בישראל על פי חוק הביטוח הלאומי אינה מצמידה בהכרח בכל המקרים את גובה דמי הביטוח ששילם המבוטח לשיעור הגמלה שיקבל, או אף לעצם קבלת גמלה מסוימת. דמי הביטוח משולמים על בסיס סיוע הדדי בין המבוטחים והבטחת גמלה מדור לדור. למותר לחזור ולהדגיש כי גובה דמי הביטוח הלאומי, כמו גם היקף הגמלאות ושיעוריהן, נקבעים בחוק או על פי".

עוד נאמר בנושא זה בדב"ע לג/24 – 0 חבר-המוסד לביטוח לאומי: "ברור איפוא, שלא שיעור דמי הביטוח, לא התמורה שנתן המבוטח, אלא הבטחת סיפוקם של צרכים מינימליים, הוא הקובע את התמורה שכנגד, את שיעור הגמלאות"

ביטוח החובה על פי חוק הביטוח הלאומי נושא אופי סטטוטורי. ביטוח זה אינו יוצר יחס חוזי בין המבוטח או הזכאי לגמלה לבין המוסד לביטוח לאומי, וההתדיינות בין התובע גמלה מכוח חוק הביטוח הלאומי ובין המוסד לביטוח לאומי, אינה התדיינות בין אזרח לאזרח למימוש זכות חוזית, אלא התדיינות בין אזרח וגוף ממלכתי למימוש זכות מכוח החוק" דב"ע לא/6-0 (ה"ש 16) בעמ' 99.

כך נאמר לענין זה אף בדב"ע לא/6-0 ברנדמן- המוסד לביטוח לאומי (פד"ע ב' 113, 115): "ראיית היחס שבין המבוטח לבין המוסד לביטוח לאומי כייחס חוזי, נוגדת את עצם מהותו של חוק הביטוח הלאומי... היחסים בין מבוטח לבין המוסד לביטוח לאומי, בין שהביטוח הוא אוטומטי מכח סעיף 7 לחוק ובין שהוא מופעל כתוצאה מבקשת המבוטח והפעלת סמכות המוסד, אינם יחסים חוזיים, אלא שמבוטח זכויות מכוח חוק, ועל המוסד כגוף ממלכתי, חובות וסמכויות מכוח חוק".

ועוד נאמר לענין זה בדב"ע ל"ה/22 – 0 המוסד לביטוח לאומי – כרמלי (פד"ע ו' 371,377) "הקשר שבין המוסד לביטוח לאומי לבין החייב בדמי הביטוח אינו מחוזה או מהתחייבות בדומה, אלא מכוח החוק. כך החובה לשלם דמי ביטוח. גביית החוב אינה בהליך משפטי אזרחי, אלא על פי פקודת המסים (גבייה) כאילו היה מס".

דב"ע לג/24 – 0 חבר - המוסד לביטוח לאומי (פד"ע ד' 415, 420) - "דמי הביטוח מהווים אמנם מקור-מימון הן בביטוח המסחרי והן בביטוח הסוציאלי, אך רב השוני ביניהם. בביטוח מסחרי שולט וחיוב לשלם עקרון 'שוויון

ועיין בספר דרך אמונה (להגר"ח קנייבסקי שליט"א) הלכות מתנות עניים פרק ט' (ציון הלכה ס"ק קכט) שהביא מחוברת הלכות תרו"מ שהדפיס ר"ז שפירא עפ"י החזו"א, ובה נקבע - "כל מי שאינו מסודר בפרנסתו שיש בה כדי מחייתו, נקרא עני ויכול ליטול מעשר עני".

וכן פסק בספר חלקת יעקב (חלק יורה דעה סי' קלז) - "כפי המבואר בשו"ע יו"ד סימן רנ"ג סעיף ב' וז"ל וי"א שלא נאמרו השיעורים אלא בימיהם, אבל בזמן הזה יכול ליטול עד שיהיה לו קרן שיתפרנס הוא ובניו מהריוח ... נראה להדיא דהיכא דאינו נושא ונותן במעותיו צריך סכום שיכול לחיות בו שנה. וכן מצאתי מבואר להדיא בר"ש ובשנות אליהו להגר"א שם במשניות שזה שיעורו. ולהאמור הני אברכי דנן הלומדים בכלל, ודאי אין להם קרן לחיות בהם שנה תמימה, ודאי יכולים ליתן להם אף צדקה מכש"כ מעשר כספים".

לפי זה, אדם שאינו עובד לפרנסתו, ואין לו קרן שיוכל לחיות ממנה שנה שלימה, יחשב כעני. ויש לדון האם כל האמור לעיל יאמר גם בקצבה האמורה להיות משולמת לעני. האם מפני ההלכה שה"אמירה" בצדקה כ"מסירה" בהדיוט, העני זכה בקצבה עוד בעת שנקבעה זכאותו לקצבה זו, והאם תחשב לזכות קניין בקצבה, ושלייתה כאונס ממון עברו.

"אמירה" למתן צדקה, אם נחשבת כקניין מחייב

ההוראה לתשלום קצבת ביטוח לאומי אינה באמצעות אדם שהתחייב בדיבורו לתת צדקה, אלא קיימת הוראה חוקית, שבתנאים מסויימים האזרח זכאי לקבל קצבה מהמוסד לביטוח לאומי. מאחר שבמקרים רבים תשלום זה יחשב כמתן צדקה, יש לדון האם הזוכה כבר זכה בקצבה עוד בטרם הוחלט על שלילתה ממנו, ובשל כך ההחלטה על שלילת הקצבה דינה כנטילת זכות ממון שהבעל כבר זכה בה, ויחשב כאונס ממון ואין לה מקום בהעדר פסק דין לכפיית הגירושו.

נקדים את בירור ההלכה כשהקצבה ניתנת באמצעות אדם, ולא באמצעות גוף מוסדי.

בטור חלק יורה דעה סי' רנח כתב - "אמירת אדם לגבוה כמסירתו להדיוט, לפיכך מי שנודר צדקה אי אפשר לו לחזור בו". ועיי"ש בבית יוסף שהביא מקור הדברים ברי"ף מסכת ב"ק ריש פרק ד' וה' שכתב - "איכא מאן דפשט מהא, דמאן דיהיב מידי לעניים באמירה ובעא למהדר ביה מצי הדר ביה ... ואנן אמרינן ליכא למשמע מינה הכי, דבהדיא אמרינן בפ"ך זו צדקה, אלמא בדיבור מיחייב".

ובשו"ע סי' רנח סעיף ו' פסק - "הנודר צדקה אינו יכול לחזור בו, אלא אי"כ נשאל לחכם והתיר לו, ואם הגיע ליד הגבאי, אינו יכול להשאל עליו".

ובשו"ע סעיף יג - "האומר חפץ פלוני אני נותן לצדקה בכך וכך, והוא שזה יותר, אינו יכול לחזור בו", והרמ"א

שלישית, מרבית הקצבאות משולמות עפ"י חוק גם לאזרח שלא מילא את חובתו לתשלום דמי הביטוח הלאומי, ובכך הוכח העדר הזיקה שבין תשלום דמי הביטוח, ובין הזכות לקבלת הגמלה.

רביעית, במידה והאזרח הסתלק לבית עולמו, יורשיו אינם זכאים לכל זכות מהסכומים שהאזרח היה אמור לקבל בעודו חי. אילו זו היתה זכות ממנות מוקנית, לא היתה הצדקה שזכות זו לא תעבור בירושה.

על כן -

א. ביחס לגמלה להבטחת הכנסה, ושאר הגמלאות הלא-גבייתיות, יש לקבוע שהאזרח לא קנה כל זכות ממון בגמלה זו, אלא זו הטבה ממשלתית, כעין צדקה או תמחוי הניתן על ידי גבאי צדקה, ובאלו אין ספק שאין מניעה לשלול או לצמצם את שיעור הגמלה, וזו בגדר מניעת הטבה, וניתן למנוע הטבה כזו מבעל המסרב לתת גט ללא הצדקה.

ב. גם ביחס לאותן קצבאות המוגדרות בחוק כקצבאות גבייתיות, שהם קצבאות זקנה ושאריות, נפגעי עבודה, נפגעי תאונות, אבהות, ילדים, אבטלה, נכות כללית, זכויות עובדים בפשיטת רגל ופירוק תאגידים, שירות מילואים וסיעוד, יש לראותן כהטבה ואינה זכות מוקנית הנרכשת באמצעות תשלום המס לביטוח הלאומי, וגם ביחס לאלו אין מניעה לשלול מהאזרח המסרב לתת גט לאחר שבית הדין קובע שהנסיבות לשלילתן מוצדקות.

גמלת שירות מילואים יוצאת מהכלל, וניתן לראות בה שכר עבודה הניתן בגין עבודת חייל המילואים בעת שירות המילואים, אך שאר הגמלאות, הן כתשלום קצבה.

האם לאזרח שדינו כ"עני" עפ"י ההלכה, זכות בקצבה עוד בטרם שולמה

כל האמור שריר וקיים ביחס לאזרח שאינו מוגדר "עני" עפ"י ההלכה. אבל למעשה רבים ממקבלי הקצבאות עפ"י ההלכה יחשבו כעניים, ויש לדון האם זכו בזכות ממון בגוף הקצבה.

הגדרת "עני"

בשו"ע סי' רנג סעיף א-ב נפסק - "אם יש לו מאתיים וזו ואינו נושא ונותן בהם, או שיש לו חמשים וזו והוא נושא ונותן בהם, לא יטול צדקה ... יש אומרים שלא נאמרו השיעורים הללו אלא בימיהם, אבל בזמן הזה יכול ליטול עד שיהיה לו קרן כדי שיתפרנס הוא ובניו מהריוח. ודברים של טעם הם".

וכן הסכימו שאר הפוסקים.

אדם העובד לפרנסתו ומשתכר למחייתו, ודאי שאינו נחשב עני, גם אם אין לו מאתיים וזו או קרן שיתפרנס ממנה, וכמ"ש בספר שבט הלוי ח"ב סי' קכה, אא"כ הכנסתו אינה מספיקה לכדי מחייתו. אבל מי שאינו עובד ואינו מתפרנס מקרן של סכום כסף יחשב כעני.

כאחד ואין מלמדין. ופריך, הא ניחא למאן דאמר אין מלמדין, אלא למאן דאמר מלמדין מאי איכא למימר, ומשני חולין מקדשים לא גמרינן. והאידינא כל הקדש שלנו חולין הוא, שאין עתה הקדש לבדק הבית ואינו אלא צדקה, הלכך צריך להוציא בשפתיו.

וברמ"א סי' רנח סעיף יג כתב – "אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה, חייב לקיים מחשבתו ואין צריך אמירה, אלא דאם אמר מחייבין אותו לקיים. וי"א דאם לא הוציא בפיו, אינו כלום. והעיקר כסברא הראשונה."

ובשו"ע חושן משפט סי' ריב סעיף ח' כתב – "קנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום י"א דכיון שגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן. ויש מי שאומר דאף על גב דכתיב כל נדיב לב עולות, חולין מקדשים לא ילפינן, והאידינא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבדק הבית ואינו אלא לצדקה, הילכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום. והרמ"א הוסיף – "ויש להחמיר כסברא הראשונה, ועיין ביו"ד סוף סימן רנ"ח."

אך על הכרעת הרמ"א להחמיר, כתב בשו"ת בית שלמה חיו"ד ח"ב סי' קט – "י"א דבצדקה לא מהני גמר בלבו, ורמ"א שהכריע להחמיר הוא משום דברי מהרי"ק שכתב שהרא"ש עצמו בפסקיו בפ"ק דתענית חזר בו ממ"ש בתשובה. אבל ה"ט"ז באו"ח סי' תקס"ב סק"ח כתב דלא חזר בו הרא"ש, וא"כ מידי ספיקא דדינא לא נפיק."

וע"ע משנה ברורה סי' תרצ"ד סק"ו שחייב לקיים מחשבתו אף שלא הוציא בשפתיו, שיש להחמיר בפלוגתת הפוסקים. והרבה אחרונים כתבו שגם אם מחשבה לתת צדקה מחייבת את האדם שחשב מחשבה כזו, ודינו כנודר, אך עכ"פ אין אומרים בזה שהמחשבה תחשב כמסירה בהדיוט. כן כתב בספר בית יצחק (להגר"י שמעלקיס ז"ל) חלק יו"ד ח"ב סי' פב ס"ק יב.

וכן בספר עונג יום טוב סי' קיז כתב – "קשה לי טובא לפי דעת כמה מהראשונים דצדקה מחייב במחשבה כמו קרבנות, דכתיב נדיב לב, כמ"ש הש"ע ביו"ד (סי' רנ"ט), דא"כ מאי מבעי לי' להש"ס אי יש יד לצדקה או לאו, דפשטא דלישנא משמע דמבעי לי' אי מהני האי לישנא דמיקרי רק יד גבי צדקה, ולא בכיוונת הנודר מסתפק הש"ס, אלא דאף אם הנודר כיון לצדקה מ"מ מבעי לי' אי מהני יד לאתפוסי גבי צדקה או לא. ולדעת הני רבוותא דסברי דבמחשבה בעלמא נמי מחייב בצדקה, א"כ פשיטא דמהני יד דעדיף ממחשבה. אבל לפי מש"כ אתי שפיר, דבמחשבה מחויב לקיים, דהיינו אם גמר בדעתו ליתן צדקה מחויב ליתן כמו באומר אתן, אבל אכתי אין הסלע גופא נתפס בצדקה שיהא זה הסלע בעין כמו שהוא ממונא דעניים, לענין שיכול להתפיס בו סלע אחר [או לענין יורשים כמו שנבאר] ולהכי מבעי לי' ביד, כגון דאמר והדין, אי מהני יד ונתפס האי סלע בצדקה או לא."

וכן בשו"ת בית שלמה חיו"ד ח"ב סי' קט כתב – "אף אם נאמר בהחלט דצדקה דומה לגמרי להקדש דמועיל בגמר

הוסיף – "דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה, אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט."

הרי שמרן בשו"ע כתב שהאמירה מחייבת, אך לא הזכיר שיחשב כמסירתו להדיוט, אלא הרמ"א הוסיף זאת. אך קודם לכן בסעיף ז' כתב הרמ"א – "המקדיש שטר חוב, צריך כתיבה ומסירה כמו בהדיוט". וכתב הגרע"א בתשובה ח"א סי' קמו – "הרמ"א אזיל לשיטתו דנראה מפסקיו בהגהותיו יו"ד (סי' רנ"ח ס"ז) דהמקדיש שטר חוב צריך כתיבה ומסירה. והיינו כדעת הרשב"א. דבצדקה לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי. משום הכי בנודר אתן לעניים, לא הוי כנתחייב בקנין. רק דעליו מוטל לשמור מוצא שפתיו, דבפיך זו צדקה, והוי רק כמו חיוב לקיים שבועתו, דאין היורשים מחוייבים לקיים נדרו ושבועתו. אולם ממ"ש הרמ"א חושן משפט (סי' רי"ב) דבאומר פירות דקל כשיבאו לעולם אתננו לעניים ומת דאינו כלום. ומשמע דוקא במת קודם שבאו הפירות לעולם כמ"ש הסמ"ע (סי' קכ"א), ועיין בתשובת חכם צבי (סי' ע') וצ"ע. ואם כן אף באומר אתן סתם, ספק עצום אם יורשים חייבים."

ועיין בתומים סי' סו סק"ב שהעלה שלדעת רוב הפוסקים דין זה של אמירתו לצדקה כמסירה להדיוט, עומד בספק, והיינו הספק בגמ' נדרים דף ז'. דקאי בתיקו, אם יש יד לצדקה. והספק הוא, אם דין הצדקה כדין ההקדש. וכן בספר חלקת יואב חיו"ד סי' כא כתב – הך דינא אם אמירה לעני כמסירה הוי ספיקא דדינא ותליא בספק הש"ס. ועיי"ש בחלקת יואב שהוכיח שאין לחוש דהוי כמסירה, שהרי מעשים בכל יום שפוסקים צדקה בשבת ואין חוששין שיחשב כמקח וממכר.

וכשאין אמירה בפה, אלא מחשבה בלבד, נחלקו ראשונים בהלכה זו, אם גם בזה אנו אומרים דהוי כמסירה בהדיוט. המרדכי בבבא בתרא פ"ק (סי' תצא) כתב – "בפרק שלישי דשבועות אמרינן "מוצא שפתיך תשמור" אין לי אלא שהוציא בשפתיו, גמר בליבו מנין, ת"ל "כל נדיב לב". פרש"י גבי נודב להביא קרבן כתיב, דילפינן מכל נדיב לב, דהיכא דגמר בליבו נדר או נדבה לקרבן שחייב להביא אע"פ שלא הוציא בפיו. ובריש פרק האיש מקדש פריך סתמא דתלמודא אקדשים ותרומה, מה להנך שכן ישנן במחשבה. הלכך מכאן פסק בתשובת גאון, שהגומר בליבו ליתן צדקה חייב כאילו הוציא בפיו."

אבל הרא"ש בתשובה (כלל יג סי' א') כתב – "ששאלת, אדם שקנה קרקע על דעת שיעשנו הקדש, ואחר כך נמלך ולא רצה להקדישו אי אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". והשיב הרא"ש – "ומזה תלמוד שאלתך אם קנאו על דעת שיעשה הקדש ולא הוציא בפיו כלום, הוי דברים שבלב, ואמר שמואל בפרק שלישי דשבועות (כו ע"ב) גמר בליבו צריך להוציא בשפתיו, אתיביה "מוצא שפתיך" וכו', גמר בלבו מנין ת"ל "כל נדיב לב", ופריך, ונגמר מיניה, ומשני, משום דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים

בהם אח"כ אם יכולים לחזור או לא, אי דיינין הצדקה אמירתו לגבוה כדין הקדש או לא כו'. לא כן בני"ד שאין כאן אמירה כלל ועיקר. והלא זה הדבר מפורש יוצא בתשובת מהר"ם גאלאנטי בסי' י"ג דלא אמרינן אמירתו לגבוה כו' אלא דוקא באמירה בפה, אבל בכתב בלי הזכרה בפה אינו כלום".

העולה מדברינו, אמנם יש שהורו שאמירה למתן צדקה תחשב כקנין, אך בהעדר אמירה אלא רק מחשבה או כתיבה בלבד, רבו הפוסקים שאין להם תוקף קנייני, ואף לסוברים שגם בהעדר מעמד קנייני למחשבה בלבד, מוטל עליו לקיים מחשבתו, אך עכ"פ זו חובת הנותן בלבד אך העני לא זכה בזכות ממון בטרם קבל את הצדקה.

לפי האמור, מאחר שהמוסד לביטוח לאומי, לא התחייב בכל דרך שהיא ביחס לאזרח, התחייבות בעלת ערך קנייני, וכן אין "אמירה", שנאמרה על ידי גורם כלשהוא, היכולה לחייבו בחיוב נדר או בהתחייבות ממונית, ולכל היותר זכויות כל אזרח כתובות ברישומים כאלו או אחרים, על כן אין לראות את האזרח כמי שזכה בגוף הקצבה. ואף אם פקיד ביטוח לאומי מבהיר לאזרח את זכויותיו, ובכך הדברים נאמרים בפה, עכ"פ אין אותו פקיד מוסמך להתחייב בשם המוסד לביטוח לאומי בכל התחייבות שהמוסד עצמו לא התחייב בטרם נאמרו הדברים בפה.

על כן בטרם הועברה הקצבה לאזרח, אין תוקף מחייב לזכותו זו של האזרח לגבות את הקצבה.

בנוסף, לאחר שהמחוקק קבע את האפשרות לשלול מהבעל קצבאות אלו כשהוא סרבן גט, הרי שבכך נקבע שמלכתחילה בנסיבות אלו לא תחול התחייבות לתשלום הקצבה. וכן בכך נקבע מראש שאין לעני כזה, המסרב לתת גט מעמד של "מכיר עניים" הגוררת חובה ליתן לו את הצדקה.

לכן מכיון שאין מקום לייחס לאזרח זכות קניין בגוף הקצבה גם אם הוא מוגדר כ"עני" עפ"י ההלכה. אין לראות בעיכוב או בשלילת הקצבה נטילת ממון השייך לאזרח או שלילת זכות ממון שזכה בה. אלא המוסד לביטוח לאומי יחשב כגבאי צדקה המתעלם מעני מסויים. ויש מקום לשלול קצבת הבטחת הכנסה מהבעל שאינו נותן גט לאחר שביה"ד הורה לנהוג בו "הרחקות דרבינו תם".

מסקנה זו ברורה בקצבאות שאינן גבייתיות המפורטות לעיל, ולפי המבואר לעיל הוא הדין ביחס לכל אחת משאר הקצבאות ניתן לעכבה ואף לשלול אותה מהבעל, גם כשהדין אינו מאפשר לחייבו בגירושו, רק גמלת שירות מילואים יוצאת מן הכלל, מפני שיש לראותה כשכר עבודה.

בלבו לבד, ולא עוד אלא אפילו בהקדש דודאי מועיל גמר בלבו כדאיתא בש"ס, הוא דוקא לענין דכיון דגמר בלבו נתחייב להביא להקדש או לצדקה ... אבל לא נתפס ההקדש על הבהמה שתהיה עולה בגמר בלבו לבד עד שיקדישנה בפה ויאמר הרי זו עולה. וכ"מ להדיא בתוספתא פ"ק דקידושין והובא בש"ס ... אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט האומר שור זה עולה כו' אפילו בסוף העולם קנה כו' ע"ש הרי דלזה בעינן אמירה דוקא ולא מהני גמר בלבד, אך עיי"ש שכתב שמדברי רש"י ומרדכי לא נראה כן.

וכן בספר הר צבי יורה דעה סי' ר' כתב – "אף דמהני מחשבה בהקדש, היינו שמתחייב להביא ע"י מחשבתו, אבל מ"מ אין המחשבה עושה קנין ואין גוף הדבר נקנה להקדש (וכן הוא לשון הרמב"ם הלכות מעשה הקרבנות (פי"ד הי"ב) בנדריים ונדבות אינו צריך להוציא בשפתיו כלום, אלא אם גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו כלום, חייב. כיצד, גמר בלבו שזו עולה או שיביא עולה הרי זה חייב להביא, שנאמר כל נדיב לב יביאה בנדיבות לב יתחייב להביא, עכ"ל. הנה דקדק הרמב"ם וכתב אף בנדבה שאם גמר בלבו חייב להביא, היינו שאין גוף הבהמה נעשה הקדש אלא שחייב עליו להביא, וכ"ה להדיא במאירי קידושין (דף מא ע"ב), אבל ברש"י קידושין בד"ה שכן ישנן במחשבה לא משמע כן). וכש"כ בצדקה בודאי לא נקנה גוף הדבר".

ויש שהורו בפשיטות שלא לחוש שמחשבה בלבד או אפילו כתיבה בידו יחשבו כקנין.

בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' יג כתב – "עתה נבא לשאת ולתת בענין מה שנדר לתת הריוח לעניים בעלי תורה, אם נאמר אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט גם כן ... האי מלתא דעובדא, לא ראינו אלא כתב שכתב למרעיו ובתוכו שם הצוואה, ואפילו נדר לא חל עליו כיון שלא הוציא הנדר בפיו ... אבל פה כתב בכתב והכתב אינו הוצאת דברים מפיו שהתורה אמרה כל היוצא מפיו והכתב אינו נקרא נדר כי אם בביטוי שפתיים כמו שכתב הרמב"ם זלה"ה בהלכות נדרים סוף פ"ו מי שנשבע או נדר שלא ידבר עם חבירו ה"ז מותר לו לכתוב לו בכתב הענין שירצה להשמיעו וכתב וכוה הורו הגאונים. הא קמן שמאחר שלא שמע אדם מפיו מאומה רק כתב בתוך כתב שיפתחוהו אחר מיתתו, מציאות נדר לא חל עליו שהגם שכתב מה שכתב, אמרינן דלא הוציא מפיו מאומה ונעקר הנדר מעיקרו".

וכן הסכים בשו"ת באר המים סי' מב, וכתב – "לא נחלקו אלא כשיש אמירה בתחילה, יהיה מה שיהיה, ובאין לחזור

סימן פד

מעמדם של בני זוג לאחר גירושין שסודרו על ידי אדם שאינו בקי בטיב גיטין

יב אלול תש"ס

שאינן עילה לקבל את תביעת הבעל לחייב את האשה בגירושו וכי יש מקום לחזור לשלום בית.

בבית הדין התקיימו דיונים בתביעת הבעל לגירושין ובתביעת האשה לשלום בית. ובסיום הדיון בית הדין פסק

מילתא דלא רמיא כו'. וכ"ש גבי גיטין דיש בהן הרבה דקדוקים והרבה חילוקים ובקל יכשל אדם בו שיפסל הגט. וכמה פעמים שמענו שגדולי ישראל נכשלו בו שאפילו היו רגילים וזהירים ויראי השם. ולא בחינם הרגילו הקדמונים ששום אדם לא יסדר גט או חליצה אלא א"כ נטל רשות מגברא רבה. ובסוף גיטין כתב האשירי וז"ל ומאד יש לזהר לכל אדם שלא ישתדל בעניין גיטין אם לא שיהא בקי בהלכות גיטין כי רבו בהו הדקדוקים ובקל יכול אדם לטעות בהן והטעות בהן פסול ממזרות עכ"ל. ובפ"ק דגיטין בר הדיא בעא לאתויי גיטא אתא לקמיה דרב אחא דהוה ממונה אגיטין ופירש רש"י משום דאמרינן כל שאינו יודע בטיב גיטין וחליצות לא יהא לו עסק עמהן והיו ממנין גברא רבה לאורויי הלכות גיטין. וכ"ש האי גברא שהתרו בו כמה גדולי אשכנזי שלא יהא לו עסק בגיטין כמו שכתבת".

ובסי' קכח הוסיף מהרי"ו באותו ענין, וז"ל - "חזורני על דברי הראשונים על אודות הגיטין שנתן ההוא ריקא דשמיה אברם שלא נטל רשות ליתן גיטין משום גברא דסמיכא. מה שכתבו רבוותא והביאו ראייה להכשיר מהא דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין כו', מה אעשה לא דקדקו בדברי. לא הבאתי משחיטה אלא להחמיר, דאמרינן כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה. אבל לדמות גיטין לשחיטה לאגמורי מיניה כי היכי דאמרינן גבי שחיטה רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, ה"נ לימא גבי גיטין, בהא אמינא דלא דמי הלכות גיטין להלכות שחיטה. דהלכות שחיטה לכל מסור אפילו לעמי הארצות, כמו שכתב ר"ת פ"ק דחולין דאינו צריך לידע אלא דברים הרגילים לבא. אבל הלכות גיטין רבו הלכותיה ואין הכל בקיאין בכל הלכותיה, אלא רבנן דסמיכי והרי דיני גיטין ארוכות, ואפילו רבנן בעלי הוראות יראי השם נכשלין בו, וכן ראיתי כמה פעמים ואין זה צריך פנים. ומה שהביאו ראייה מפרק קמא דגיטין דקאמר רוב בקיאין הן. לבי מגמגם, דהא דקאמר רוב בקיאין הם, היינו אליבא דרבה דאית ליה טעמא משום שאינם בקיאין לשמה, אבל ק"ל כרבא דאית ליה טעמא משום דאין עדים מצויין לקיימו, ואין צריכין למימר אליבא דרבא רוב בקיאין הם. ושמא סבר סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי, והכא כיון דהאי גברא לא איתמחי מעולם ולא הגיע להוראה לא אמר עליה מסתמא גמירי. ודווקא אגיטין הבאים ממדינת הים אמרינן מסתמא הבעל לא הניח לכתוב ולסדר הגט אלא גברא דודאי מומחה דלא חשיד להכשילה, אבל האי שלא נטל רשות, וגם רבותינו התרו בו שלא יתן גיטין, כיון דחציף כולי האי לא אמרינן עליה מסתמא גמירי. ומה שמביאים ראייה דאזלינן בתר רובא אפילו היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוט כו'. הא כתב המרדכי דחיישינן למיעוט המצוי כמו גוסס ומים שאין להם סוף, וה"נ הוי מיעוט המצוי כאשר אנו רואים בעינינו דאדרבא מיעוטא דמיעוטא בקיאין הם וק"ל ... ומה שכתבו רבוותא להתיר בדיעבד נסתפק לי אם האי הוי כמו דיעבד, כיון דהאי גברא נטל שררה לעצמו בלא

הבעל שלא השלים עם פסיקה זו, עשה מעשה שלא יעשה, כתב גט והחתים עליו עדים והניחו בתוך מעטפה, ובא לבית האשה ונתן לה את המעטפה בנוכחות שני עדים, ואמר לה - "הרי זה גיטך והרי את מותרת לכל אדם".

כעת בפנינו צילום של הגט, שנכתב בדרך המוכיחה שהגט סודר על ידי אדם שאינו בקי בטיב גיטין. כאמור הגט הונח בתוך מעטפה וניתן לאשה בעל כרחיה, ולהלן פסק הדין שניתן בעקבות אירוע זה.

גט שסודר על ידי מי שאינו בקי בטיב גיטין

במסכת קידושין דף ו. - "אמר רב יהודה אמר שמואל כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם". ובגמרא בדף יג. - "הא דאמר רב יהודה אמר שמואל כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהן. אמר רב אסי אמר רבי יוחנן וקשין לעולם יותר מדור המבול, שנאמר אלה וכחש ורצוח וגנוב ונאוף פרצו ודמים בדמים נגעו", וע"ע במסכת גיטין דף ה: ברש"י ד"ה ממונה אגיטי. בנידון כפי שבפנינו, יש לקבוע שאדם שאינו מוסמך לסדר גט, ק"ו כשאינו בקי בטיב גיטין וקידושין, הפורץ גדר ומסדר גט, חטאו חמור ועליו נאמר בגמרא שמעשיו חמורין יותר ממעשי דור המבול, ומצוה רבה להלחם בתופעה כזו של הפקרות.

נקדים את תשובת הרמב"ם סי' שמח, ממנה למדים מהי הדרך שנאבקו בתופעה זו בזמננו.

וז"ל הרמב"ם - "בשנת אלף ותצ"ח לשטרות היא שנת ד' ותתקמ"ז ליצירה תקנו רבני מצרים והוציאו ספר תורה ברבים והחרימו על אנשי הכפרים השוכנים בדמנהור וכולכיס ובלמוחלה, לבל ישא אדם אשה ולא יגרש שום אדם את אשתו באלו הכפרים אלא על ידי אלו הרבנים שבכפרי מצרים והם ר' חלפון דיין דמנהור או על ידי ר' יאודה הכהן דיין כולביס או ע"י ר' פרחייה דיין אלמוחלה, והסכמנו והחרמנו כל מי שיתן רשות לאדם שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין כדכתיב רבים חללים הפילה דרשו רז"ל, זהו ת"ח שאינו יודע בטיב גיטין וקדושין. והיה זה בשליש אחרון של חדש טבת שנת אלף ותצ"ח לשטרות בפסטאט מצרים דעל נילוס נהרא מותבא ומן דהוה קדמנא כתבנא וחתמנא עליה למהוי לזכות ולראיה לאחר היום והכל שריר וקים".

יתירה מזו, מהר"י ווייל פסל אפילו בדיעבד, גט שסודר על ידי אדם שלא הוסמך לסידור הגט, והתבטא כנגדו במילים חריפות.

וז"ל מהר"י ווייל בתשובה סי' פה - "ההוא גברא דשמי' אברם אשר מתנשא ליתן גיטין וחליצות ולא נטל רשות משום גברא רבה, ואין אנו יודעים אם הוא מומחה ומוחזק בטיב גיטין. נראה דאפילו בדיעבד אינו גט, וכל גיטין שנתן פסולים דגרע טפי מהלכות שחיטה דאמרינן פרק קמא דחולין (דף ט) דאם אינו יודע הלכות שחיטה אסור לאכול משחיטתו, אפילו אמר ברי לי שלא שהיתי כו' משום כל

ובספר שבות יעקב חלק ג' סי' קכא (בתשובת הכנסת יחזקאל) כתב – "אף דמסיק רוב בקיאיין הן, ורש"י פי' רוב ישראל בקיאיין הן כו', אפילו לר"מ דחייש למיעוטא דסתם ספרי דדייניי מגמר גמירי, ועיין ברי"ף דהלכתא כרבא לפי שאין בקיאיין לשמה, ועיין בתשובת הריב"ש סי' רע"א. אמנם האידינא דיש הרבה דקדוקים בגיטין ושינוי השמות ומקומות ומטבע שטבעו חכמים בגיטין, ודאי מי שמסדר ואינו יודע בטיב, מרבה ממזרים בישראל וקשים לעולם יותר מדור המבול".

ובספר דברי חיים אבן העזר ח"ב סי' צ כתב – "אם חזינן דהאי גברא אינו מהרוב, דהרוב העוסקים בגיטין יודעים מדינים הפשוטים הללו, וכיון שאתרע הרוב, אוקמא אחזקת אשת איש, וכמו שמבואר דבר זה בש"ס כתובות [ריש פ"ב ט"ז ע"ב]".

וקודם לכן שם בסי' פט בנידון שהוא קל מהנידון כאן, באותו מקרה נכתב גט בשינוי כמה עניינים משונים מכפי המנהג בנוסח הזמן וכתובת השמות והעדים, ובוזה השיב הדברי חיים – "לפי המבואר כמעט בכל אחרונים דאפילו אם לא טעו רק בעניינים הנצרכים לכתחילה, כיון ששינוי בדבר ברור הנהוג ונתפרסם לכל, נראה שאינם בקיאים בטיב גיטין והגט פסול, וכן כתוב בהדיא בנודע ביהודה [מהד"ת] בתשובה סי' ק"ה וסי' ק"ו ... אם לאו דסתם ספרי דדייניי מיגמר גמירי היו צריך שני עדות דוקא, וא"כ בניכר שהמסדרים נפקי מרובא ומסתם ספרי דדייניי דהרי חזינן דלא גמירי, בודאי שוב צריך שני עדים ... וכשיוצא מהרוב צריך תרי עדים לאסוהדי על לשמה כמבואר בש"ס ... ולכן ודאי גם אם לא נראה מהם שטעו רק בחומרת המנהג המסודר לכל, נראה שהמה הדיוטות ויצאו מכלל סתם ספרי דדייניי מגמר גמירי, וצריך דוקא שני עדים כמו כל דבר שבערוה, ולכן הגט פסול", עכ"ל.

אם כך כתב הדברי חיים על שינויים קלים לכאורה, מהנהוג, אע"פ שסודר הגט על פי סדר הגט הנהוג בכל תפוצות ישראל מקדמת דנא, ק"ו בנידון שבפנינו, שהגט סודר על ידי מי שאינו רואה עצמו מחוייב לסדר את הגט בהתאם לסדר הגט שכתבו כל הפוסקים, וניתן לבעל שימסרנו לאשה בלי השגחה, פשיטא שאילו היה מגיע לפני הגה"צ הדברי חיים לא היה מאריך בדברים ופוסל את הגט מדינא וגזר גזירת נח"ש על מי שהרהיב עוז בנפשו לפרוץ גדר.

ובחתם סופר חלק אבן העזר ח"א סי' כז כתב – "בנידון שלפנינו מלבד שאותן הפוסלים יש בהם שקרובים לפסולים דאורייתא, עוד כבר כתב הריב"ש בשם הר"ן רבו דכל שניכר אפילו בהרשאה שלא היה המסדר בקי, יש לחוש לכמה חששות ופסולים שאי אפשר להכירם בגט, ומכ"ש המסדר הזה שאפילו הסדר הגט ר"מ ר' יוזפס לא הביט ולא השגיח עליו, א"כ קרוב שפסול מדאורייתא".

ובספר הסבא קדישא ח"ג סי' לא כתב – "אשת איש שתתגרש על ידי מסדר גט שאינו בקי בטיב גיטין, הגט פסול

התרת רבותיו. וכבר תקנו הקדמונים שלא יתקן ויסדר שום אדם גט בלתי רשות והתרת חכם שהוא תופש ישיבה. והאי גברא עבר במזיד, א"כ לא הוי כמו דיעבד, דאל"כ כל אדם יעבור ויטמוך על זה שיתירו לו. וכה"ג כתב מהר"ם בתשובה במיימוני ובמרדכי פרק בתרא ביבמות אמים שאין להם סוף דאמרו חכמים אם נשאת לא תצא והיכא דעברה במזיד ובעבריינות וידעה דלכתחילה אסור לא הוי דיעבד דכל אחת היודעת זאת תעבור. והכי נמי איכא למימר הכא אי האי הוי דיעבד א"כ הוי מילתא דרבנן כי חוכא ואיטלולא דכל אחד שהוא רחוק מלמדן או רב המסדר גיטין יסדר גט ויטמוך על זה שיתירו לו בדיעבד. ואפשר דלא דמי, דהתם גבי מים שאין להם סוף אי לא תעבור האשה צריכה להיות עגונה כל ימיה ומשום הכי כולן יעברו. אבל הכא אפשר לילך אצל למדן או להמתין עד שיבא רב היודע לתקן ולסדר גיטין. גם כל הדברים האלו שכתבתי תשלח לקדם רבותינו אם יתירו יתירו, ודברי יהיו בטלים, ואני את נפשי הצלתי". עד כאן מתשובת מהר"י ווייל.

בשו"ע יורה דעה סי' רמב סעיף יד כתב הרמ"א – "י"א דמי שאינו מוסמך למוריניו ונותן גיטין וחליצות, אין במעשיו כלום, ויש לחוש לגיטין וחליצות שנתן, אם לא שידוע לכל שמומחה לרבים הוא רק שמצד ענוה ושפלות אינו מבקש גדולות. (מהר"ד כהן סי' כ' ומהרי"ו סי' פ"ה וקכ"ב). ויש חולקים ומקילין (תשובת ריב"ש הנ"ל). ובמקום עגון יש להקל אם כבר נתן גיטין וחליצות, אבל לא בדרך אחר, כי מנהגן של ישראל תורה, כן נ"ל".

הריעותא היחידה אצל מסדר הגט הנידון בדברי מהר"י וייל וברמ"א, היתה שאינו מוסמך, אבל לא היה יסוד מוכח שמסדר הגט אינו בקי בטיב גיטין וקידושין. אבל אם מסדר הגט אינו בקי בטיב גיטין, בזה הרמ"א בסדר הגט סעיף א' – "גט שסדרו אותו הדיוטות, יש לפוסלו כמו שכתבתי לעיל סי' קמ"א סעיף ל'. וסי' קמ"ב סעיף ט", וכן פסק בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' נד.

הריב"ש סי' שצ (הביאו ב"י סי' קמא) הביא מתשובת הר"ן, שכתב בלשון זו – "הביאך לחוש מפני שאפשר שהדיינין מוחזקין שאינן יודעין בטיב גיטין וקידושין כראוי, וכמו שכתבת שלשונם מוכיח עליהם ובכגון זה יפה חששת, שלא לראוהו בלילה בלבד יש לחוש, אלא לכמה פיסולין שאפשר להזדמן בגט, ואני לא אתיר אשה על פי מעשה בית דין, כזה שהיאך אסמוך על בני אדם שאינם יודעין בטיב גיטין מפני שהם כותבים שנתברר להם שכל ענייני הגירושין נעשו כהוגן וכתיקון חכמים להתיר אשה העומדת בחזקת איסור, ואנחנו היודעים ועדים שאינם כדאי שיהיו העניינים הצריכים בגט מתבררים להם".

והרשב"ש בתשובה סי' ה' כתב – "כמה מכוער הדבר לנהוג קלות ראש בגיטין ולהתעסק בהם מי שאינו בקי בהם, והם קשים לעולם יותר מדור המבול, וקרובים היו להביא האשה הזאת לבית פסול".

וכמו שכתבת שלשונם מוכיח עליהם, בנדון זה ודאי יפה חששת שלא לראהו בלילה ודאי יש לחוש, אלא לכמה פיסולים שאפשר להודמן בגט, ואני לא אתיר אשה על פי מעשי ב"ד כזה שהיאך אסמוך על בני אדם שאינם יודעים בטיב גטין וקידושין מפני שהם כותבים שנתברר להם שכל ענייני הגירושין נעשו כהוגן וכתיקון חכמים להתיר אשה העומדת בחזקת איסור, ואנחנו היודעים מעידים שאינם כדאי שיהיו העניינים הצריכין בגט מתבררים להם, עד כאן לשונו ... הרי שאעפ"י שלא נתברר בודאי. שהיו ב"ד טועין והדיוטות אלא מתוך לשונם שמוכיח עליהם שלא היו בקיאים חששו לומר דלא בקיאי אינן ומטעם זה פסלו הגט אף על פי שלא נתברר להם בודאי שהיו ב"ד טועין והדיוטות כמו שמוכיח מלשון התשובה. וכ"ש כשאנו יודעין בודאי שהן הדיוטות גמורים בנדון דידן שהרי הוצרכו לסדר להם בכתב נוסח הגט וסדר כתיבתו ותיקונו שבודאי שיש לחוש בכאן לכמה פיסולים שאפשר להודמן בגט ולא אדעתייהו, כיון שאינם יודעים מעצמם דיני גטין כמו שהפליג הר"ן ז"ל, והיאך נסמוך על מה שכתבו להם מכאן, מאחר שאינם יודעים מי יודע מה פיסול נודמן להם בכתיבתו ולא הרגישו בו מסדרי הגט כלל, לפי שאינם בקיאים בהלכות גטין מה הם הדברים המכשירין ומה הם דברים הפוסלים.

אם כן בנדון דידן דידענו בהם בודאי דלא בקיאי איך נסמוך עליהם ולהאמין לשליח במה ששאלו לו אם עשו כהוגן ולא טעו בדבר דאפשר דהוי פיסולא דאורייתא. כי מאחר שאינן בקיאים בהלכות גטין כלל ואינן להם כי אם אותו הסדר ששלחו להם מכאן מי יודע מה פיסול הזדמן להם בכתיבתו שלא הוזכרו בו בסדר ששלחו להם. ואפילו הסדר ששלחו להם אפשר שנוהרו בו ככל דקדוקו ואפשר שלא הבינו ממנו איזה דבר. ואם נאמין השליח במה שנשאלו לו הויא עדות גמורה, דדל מהכא טעמא דסתם ספרא דדייני מגמר גמירי וחזר הדבר להיות דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים והיינו צריכים שני עדים שיעידו על כל פרטי פרטים של גט. ואפילו הכי לא יספיק כי שמא נודמן איזה פיסול שלא יעלה על דעתנו לשאול מהם מאחר שמסדרי הגט היו הדיוטות. עד כאן תוכן תשובת דרכי נועם.

וע"ע בנודע ביהודה תניינא חיו"ד סי' טז, ובפתי"ש יו"ד סי' צד סק"א ובדרכי תשובה ס"ק יב, ואכמ"ל בזה.

האם הבעל עבר על חרם דרבינו גרשם

עלינו לברר אם חרם זה חל בנידון דידן שבני הזוג מעולי מרוקו, מאחר והמחבר בשו"ע השמיט חרם זה של רגמ"ה שלא לגרש אשה בעל כרחא.

הר"ן בתשובה סי' לח כתב וז"ל - "אנו מוחזקים שיש חרם הקהילות בדבר או תקנת רבינו גרשום ז"ל, ודבר זה פשוט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כרחא". ועיין בתשובת הר"ן בסי' מח,

ולא תנשא בגט זה, ואף דלא חזינן בו ריעותא. משום דרבו דקדוקי הגט וקרוב שיהא פסול ולא אדעתייה דהמסדר, כיון דאינו יודע הדינים שצריך לגט. ועיין בחי' הרמב"ן ריש פרק קמא דגיטין דהביא מ"מ דכי אמר רבה לפי שאין בקיאיין לשמה, לאו דוקא אלא הוא הדין לשאר דברים הפוסלים בגט ושואלים ממנו הכל וכו' ולמדוהו מהירושלמי שאמרו לפי שאין בקיאיין בדקדוקי גיטין, ואפילו להחולקים נראה דכשידעי דלא בקיאי בדקדוקי גיטין ודאי דהגט פסול, וכמ"ש הריב"ש (סי' שפ"ט) ורבו הר"ן ובתשובת הרא"ם ח"א (סי' ל"ו ומ"ו) מהרי"ו (סי' פ"ה וקכ"ח) ומהר"ש סי' ג' דק"ה) ועבודת הגרשוני סי' ל"ח ומ"ג) ונודע ביהודה מהדו"ת חלק אה"ע (סי' ק"ה), וע"ע בפנ"י אה"ע סי' ב'. ואפילו אם יש לחוש שתצא לתרבות רעה אם לא נתיר שתתגרש על ידי מסדר שהוא ע"ה, אפ"ה אין להקל וכמתבאר ממ"ש הרב בתה"ד בפסקיו סי' קל"ח וכן כתב הרדב"ז בחדשות סי' קפ"ז.

ובפתיחי תשובה סי' קמ"א סעיף כ"ח כתב משם שו"ת שיבת ציון סי' צא בגט שנשלח מעיר אחרת ונמצאו בו שלש ריעותות, והאריך שם דמצד הריעותות יש להקל בדיעבד אך מאחר שנמצא ג' ריעותות יש לחוש פן לא ידע זה המסדר בטיב גיטין. אכן אם מכירין את הרב המסדר והוא מוחזק לן שבקי בדיני גיטין והריעותות הנ"ל נעשו על פי מקרה, אז יש להקל. אבל כשמכירין בו שאינו בקי בהלכות גיטין, חזר הדין שיש לפסול את הגט.

על כן בנידון שלפנינו - מדינא הגט פסול, ורק לחומרא יש מקום לחוש לו.

לכאורה היה מקום לקיים בירור מקיף בשאלת כשרות הגט בדיעבד, ולזמן כעת את עידי הגט ואת הבעל והאשה על מנת לחקור ולברר את כשרות הגט. אך אין מקום לכך, מאחר שכל אותם שעסקו בכתיבת הגט ובסידור נתינתו, הם חכמים בעיני עצמם, אך ללא ספק שאינם בקיאים בהלכות גיטין, אמרינן בזה "כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתייה" (מסכת שבועות דף מא:). וכמו שפסק מהר"י וייל בתשובה שהבאנו לעיל.

וכעין זה כתב הרא"ש במסכת חולין פרק א' סי' יג, וז"ל - "לא צריכא כגון ששחט לפנינו שנים ושלשה פעמים ושחט שפיר, מהו דתימא הא איתחזק, קמ"ל כיון דאינו בקי בהו זימנין דשהי ודריס ולא ידע. פירוש ואינו מרגיש דכיון דאינו בקי בהלכותיהן, אינו יודע אם נודמן לידו, ואפילו אם ישאלו לו עשית כך וכך או עשית כך וכך ומתוך דבריו ירגישו ששחט יפה, אין לסמוך עליו דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתייה".

ובתשובת דרכי נועם חלק אה"ע סי' ג' כתב, וז"ל - "והריב"ש בתשובה סי' שפ"ח כתב על מעשה ב"ד שהיה קצר והיו בו טעויות מדקדוק הלשון, וזה מורה שלא היו הב"ד יודעים בטיב גטין וקדושין כראוי ... והשיב לו הר"ן ז"ל אבל דעתי שהביאך לחוש למה שחששת מפני שאפשר שהדיינין מוחזקים שאינם יודעים בטיב גטין וקדושין כראוי

בשנים האחרונות, על מנהגם בזה בארצות המערב, וענו ואמרו שמעולם לא נהגו איסור לגרש בעל כרחו, ושהמנהג הפשוט בארצותיהם שמיד שהבעל משליש בקופת ביה"ד סכי כתובתה, פוטרים אותו מכל חיוביו, שאר כסות ועונה, ומגרשים את האשה, ואם האשה מסרבת להתגרש מתיירים לבעל לשאת אשה אחרת עליה, וא"כ ברור הדבר שלא צדקו חברי ביה"ד האזורי בירושלים שפסקו כל בטר איפכא מן האמור לעיל".

העולה מדברינו שלדעת הר"ן ומהר"ם מינץ ועוד אחרונים מגדולי הפוסקים, עומד כנגד הבעל חרם דרבינו גרשם שלא יגרשה בעל כרחו, ואף לדעת הראשל"צ הגר"ע יוסף שליט"א, הבעל עשה מעשה שלא יעשה שגרשה בעל כרחו בניגוד לפסק בית הדין, ובלא ששלם לה במזומן את מלוא תשלום כתובתה בטרם סודר הגט.

מלבד זאת הנידון באותו מקרה בתשובת יביע אומר היה בבני זוג שנישאו במרוקו, וביחס אליהם קבע הראשל"צ הגר"ע יוסף שליט"א שהחרם אינו חל עליהם, אך כידוע שכאן בארץ ישראל גירושין בעל כרחו אינן מצויין כלל, ויש לדון האם כל הדריים כאן בארץ, קבלו על עצמם חרם דרבינו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחו.

וגם אם לא מכח חרם אתינן, עכ"פ ללא ספק יש לדון מכח מנהג המקום, וכפי שמצינו בשו"ע אה"ע סי' א'. אמנם השו"ע שם פסק שלא פשטה תקנת ר"ג שלא לשאת שתי נשים, מ"מ השו"ע בסעיף ט' פסק - "נושא אדם כמה נשים, והוא דאפשר למיקם בסיפוקיהו ... ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו", והיינו מפני שכך הבעל קבל על עצמו בשעת הנישואין ועל דעת כן נישאה לו, וכדין חמר שאינו רשאי להיות גמל. ועל כן ה"ה בענין זה, מאחר שנשאה במקום שנהגו שלא לגרש אשה בעל כרחו, על דעת כן נשאה, ואף שלא נדון עליו את החרם, מ"מ אינו רשאי לגרשה בעל כרחו.

וז"ל הבית יוסף אבן העזר סי' קיט - "כתב הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' קפו) כל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה, סתמו כפירושו ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעתה, ואם יגרשנה שהוא חייב במה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג, בין בקנס בין בנידוי, ואפילו הוציאה מהמקום ההוא והולכה למקום אחר אינו רשאי לגרש אלא על פי דרך מנהג מקום הנישואין, שעל מנת כן נשאה, וכל שכן אם יש שם הסכמה ידועה, ויכולים הם לקנסו באותו קנס או לנדונו כאילו נשא וגירש שם עכ"ל".

ובתשובת הרשב"ש סי' תיא דן האם בית הדין נוקקין לגרש אשה בעל כרחו, היינו מעיקר דינא דגמרא בלא חרם דרבינו גרשם. וכתב לחלק דין זה לארבעה סוגי מקרים, וכדלהלן.

א. באותן נשים שאסור לגרשה כגון בזיווג ראשון, אסור לביה"ד לסייע לבעל המבקש לגרשה בעל כרחו, ואם סדרו

ולשיטתו קיים חילוק בין החרם שלא לישא שתי נשים, שלא התקבל בכל הארצות, לבין החרם שלא לגרשה בעל כרחו, שפשט בכל מקום. וכן בשו"ת מהר"ם מינץ סי' יז כתב - "הנה גלוי וידוע דלא כייפינן עתה האשה לקבל הגט והוא תקנת ר"ג מ"ה, וכל גדולי עולם אשכנז וצרפת הסכימו עמו, ופשטה תקנה זו בכל ישראל".

ובספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב כתב - "היה נראה דתקנה זו לא פשטה בכל הארצות כגון בספרד ומערב וכל המזרח, וכן כתב הר"ם אלשקר ס"ס צ"ה. אך הר"ן בתשובתו סי' לח כתב שאנו מחזיקים שיש חרם הקהילות או תקנת ר"ג ופשט איסורו בכל ישראל, והרשד"ם (אה"ע סי' עח) חייש לדבריו".

ובנודע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סימן עז כתב בתוך דבריו - "ומאוד תמהני על מחותני הרב שעושה חרם רבינו גרשם קל והוא איסור חמור מאד. ואף שהחרם של שתי נשים לא פשט בכל ישראל, אבל חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש בכוחו לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' ל"ח".

וכן החתם סופר בתשובה (ח"ו, סימן ע"ו) כתב בסיום תשובתו - "ולא יגרש בעל כרחו, כי חרם דבעל כרחו חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן, משא"כ לישא אשה על אשתו".

ועיין בשו"ת רב פעלים ח"ב חלק אה"ע סי' יז שכתב בפשיטות לדון חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחו, ביחס לאדם ששמו אברהם שלום שרעבי שהיה מצוי בעיר סינגפור, ולא העלה סברא שהחרם לא חל בקהילות הספרדים שבמזרח.

ועיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק י' סי' מו, שם הובא פסק דין מביה"ד האזורי בירושלים (בפס"ד מבעל הציץ אליעזר ז"ל והגר"ר יוסף כהן ז"ל) שפסקו עפ"י דברי הר"ן הגט פשוט הנודע ביהודה והחת"ס, דחרם זה שלא לגרשה בעל כרחו חל גם על יוצאי מרוקו.

אך כשהגיע התיק לדיון נוסף בבית הדין הגדול, לאחר שהבעל עירער על פסק הדין, בית הדין הגדול, בהרכב בראשות הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א, ביטל פס"ד זה וקבע שחרם זה אינו חל על הבעל.

פסק דין זה נמצא בשו"ת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' א' ובעיקרו נשען על מה שהמחבר בשו"ע סי' קיט סעיף ו' פסק - "יכול לגרשה בלא דעתה". אף שבשו"ע סי' א' סעיף י' הוזכר החרם שלא לשאת שתי נשים, אבל החרם שלא לגרש בעל כרחו הושמט לחלוטין מדברי מרן בשו"ע, ורק הרמ"א בסי' קי"ט הביאו.

ועיי"ש ביביע אומר שהביא תשובות חכמי הספרדים שהעידו שלא נהגו בחרם זה ואח"כ כתב, וז"ל - "נמצאו למדים שכן המנהג פשוט בארצות המערב לגרשה בעל כרחו בלי שום סיבה, ורק שצריך לפרוע לה כתובתה במזומנים. וכן שאלנו לרבני מרוקו שעלו מהתם להכא

וגירש בע"כ אי הוה גיטא. ולכאורה מדינא דכל בו שהביא הרמ"א שאם נשאת שוב אין האיש נקרא עברין משמע להדיא דבדיעבד הוי גיטא. אבל בתקנות ר"ג מה"ג אשר בסוף תשובות מהר"מ ב"ר ברוך דק"ג מבואר להדיא שהתקנה הוא מפורש דגם בדיעבד אין הגט כלום. ומהב"ש וכמה פוסקים נעלם ולא ראו עיקר התקנה רק התקנה שהיה אח"כ בשנת תתק"ץ שהבעל והסופר והעדים יהיו בארור המובא שם בדף קל"א זאת ראו עיניהם. ובסוף תקנות תתק"ץ מבואר שם שתקנות ר"ג מה"ג המה בתוקפם. ונאין רצוני להאריך בדקדוק דברי התקנות שם ובש"פ המדברים בזה] והנראה דאתו ר"ג ובית דינו ותקנו גזירת כו' ושלא יהיה הגט כלום. ועדיין נתנו רשות לחכמי קהילה אחת להתיר במקום שיראו טעם לומר דבכה"ג לא שייך תקנת ר"ג, ואתו חכמי תתק"ץ ותקנו שצריך רשות ג' קהילות דוקא [ובזה נתיישבה דעת הפוסקים המחמירין לומר דגם במקום מצוה גזר ר"ג וסרה מעליהם תלונית הפוסקים המקילים ואומרים וכי ס"ד דבמקום מצוה יגזרו, ולפמ"ש נחא דבמקום מצוה יתנו חכמי קהילות רשות. אבל לזרוק הגט מדעת עצמו שלא בהסכם חכמי קהילות אכתי איכא למימר דר"ג הוה מודותיו]. ולא רחוק בעיני לומר דהתקנה שלא יהיה הגט כלום הוא תקנת רשב"ם וחכמי דורו וכדמשמע שם קצת ובכל דור הוסיפו חומרא. והיאך שיהיה סדר התקנות כולם היה מרבותינו גדולי הראשונים אשר היו כמלאכים המשמשים במרום, ואנן ככופתי דחמרא לגבייהו. חלילה וחלילה לנו לנגוע בתקנתם ח"ו אשר לזאת בסתם נשים ודאי ראוי להחמיר על הבעל בכל מיני חומרות להצריכו שיתן גט אחר משום שריותא דידה, וגם שריותא דידה לישא אשה אחרת ולא לפגוע באיסור ב' נשים. וכבר הסכמנו אשתקד עם חכמי ווילנא לאסור עליו אשתו השניה משום איסור ב' נשים והופרדו זה כמה חדשים עד שיגרש את הראשונה מדעתה".

ובספר בית הלוי בסוף חלק א' כתב, וז"ל - "מדהצריכה המשנה (בריש מסכת סנהדרין) במיאון שלשה, ופרש"י משום דתיקנו רבנן כעין דאורייתא, והרי במיאון הוי בעל כרחו של הבעל כמו בגט בעל כרחו של האשה, דהא אין צריך לשום מעשה דידי' כלל רק היא ממאנת בו, ואם נאמר דבע"כ דידה לא בעי בית דין, גם במיאון אין צריך בית דין ... ומוכרח דס"ל לרש"י דגם בע"כ של האשה בעי בית דין, דאע"ג דהתורה אמרה שמתגרשת בעל כרחו, מ"מ ס"ל דכל דבר הנעשה בשל חבירו שלא ברצונו בעי בית דין לזה. וי"ל דגם רבינו גרשם מאור הגולה ס"ל כן, וכיון דבע"כ של האשה בעי בית דין ... כיון שתיקן רבינו גרשם שלא לגרש בע"כ וגזר על זה ואסור לגרש בע"כ, א"כ אפילו גירשה בפני בית דין בעל כרחו, מ"מ הא לא שייך לומר דשליחותיהו דקמאי קעבדי, כיון דאסור לעשות כן, ובפרט אם נאמר דגזירתו הוי איסור אדאורייתא, וממילא הגט בטל מדאורייתא".

לו גט זה בעל כרחו חייבים נידוי. ב. נשים שאין איסור לגרשן ואין מצוה בכך, ביה"ד אינן נזקקין לסייע לבעל לגרשה בעל כרחו, ובנשים אלו נהגו שלא לגרשן אלא מרצון האשה, ומנהג זה מחייב על פי דין. ג. בנשים שיש מצוה לגרשן כגון שמצא בה ערות דבר באלו כתב הרשב"ש, וז"ל - "הכלל שכל שיש בה דבר פריצות או חשש זנות מצוה לגרשה, ובודאי שבזו אם רצו בית הדין נזקקין לו או מצוה להזקק לו, ואם אינה רוצה לקבל גיטה יכריחוה לקבלו שהכל מסייעים לדבר מצוה להזדרז בזה". ד. הסוג הרביעי הוא מקרים שעל פי דין כופין את הבעל לגרשה גם אם אינו רוצה, ונידון דין שייך לחלוקה הראשונה.

העולה מדברינו שבשאלה זו האם בנידון זה הבעל עבר על חרם דרבינו גרשם, לדעת הר"ן בתשובה ומהר"ם מינץ וכן לדעת הנודע ביהודה והחתם סופר והרב פעלים, חרם זה שלא לגרשה בעל כרחו נוהג בכל מקום, והמהרשד"ם והגט פשוט חששו לשיטה זו. וכן בבית הדין בירושלים בהרכב בעל הציץ אליעזר והג"ר יוסף כהן ז"ל פסקו כן, ולפי שיטות אלו הבעל עבר על החרם ואינו נפטר מהחרם עד שישוב לשאתה. אך גם לדעות שהחרם אינו קיים בקהילות אלו, הרי שהרשב"ש קבע שמסדרי הגט מחוייבים בנידוי.

האם הגט בטל כשעבר על החרם

יש אומרים שבמקום שחל חרם דרבינו גרשם שלא לגרשה בעל כרחו ועבר על החרם, הגט בטל. כן כתב בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סי' תתרכב, וז"ל - "תקנה שלא ליתן גט לאשה בעל כרחו ואין הגט כלום". וכן שו"ת מהר"ם מינץ סי' יז כתב - "מפורש בפ"י בתקנת ר"ג שאם גרשה בעל כרחו דלא הוי גט ובטל אפילו בדיעבד". וכן כתבו בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' פב ובשואל ומשיב תליתאה ח"ב ריש סי' קפה ותניינא ח"ג ריש סי' קכ שבגוף התקנה נקבע שאם יגרש בעל כרחו שהגט יבוטל. וע"ע בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כד שהביא מש"כ מהר"ם מינץ והעלה שגם לדעת מהר"ם מינץ הגט אינו בטל אלא ספק גט. ובספר רב פעלים חלק ב' חלק אה"ע סי' יז כתב - "עוד יש לפקפק לפ"ד החכמים שזה עבר על החרם, איך פשיטא להו בהיתר הגט הנזכר, דהא הרב גט פשוט ס"ק כ"ד הביא בשם מהר"י מינץ סי' י"ז, דמפורש בתקנת ר"ג דאם גרשה בעל כרחו לא הוי גט אפילו בדיעבד, והגם דהרב המחבר תמה על זה, ופירש כונתו לדונו בדין הספק, ועיין יד אהרן הגה"ט אות ט"ז, מ"מ מספק צריכה גט אחר, ועוד אם זה עבר על איסור דחרם ר"ג, א"כ העדים והסופר סייעו ידי עוברי עבירה בבואם עמו לבית האשה לזרוק לה הגט בחיקה בפניהם".

והגאון רבי חיים מוואלאזין ז"ל בתשובתו שבספר חוט המשולש ח"א סי' יב כתב - "ואני מחמיר יותר, דאף אם אין שום חשש בגט הניתן בע"כ, ונמסר כדת, אעפ"כ דרכי לאוסרו. ואע"ג דהב"ש (סי' קי"ט ס"ק י"א) נסתפק אם עבר

ליבם, ואסור לכל אדם ליתן לו אשה כדי לחוש עכ"פ לספק חרם שעדיין רובץ עליו לשיטת רוב הפוסקים ראשונים כרבא וכדעת משמעות היש"ש".

ולפי זה גם לדעת הסוברים שהגט אינו נפסל במה שהבעל עבר על חרם דר"ג, עכ"פ הבעל מחוייב לחזור ולישאנה, ובלא כן הוא עובר בל יום ויום על חרם דרגמ"ה.

גט הניתן לאשה בעל כרחיה בתוך מעטפה

במקרה דנן הגט לא ניתן בפני בית הדין, וקשה לעמוד על הברור כיצד נמסר הגט. לא ניתן לברר ענין זה לאשורו, דהוי מילתא דלא רמיא על אותם שנכחו באותו מעמד ולא אדעתיה, כשלא ידעו מה עליהם לראות. יש לשער שהמעטפה נמסרה כמקובל, בדרך מסירה רגילה, ולא היה במסירה זו קנין יד אלא משיכה והגבהה.

ובכך נפלנו בפלוגתא האם מהני קנין הגבהה או משיכה בגט כשהבעל לא נתן את הגט בידה. עיין בפת"ש סי' קלט סק"ד במש"כ בשם הגרע"א ששאר קניינים מלבד קנין יד אינו מועיל, וע"ע באבני נזר חלק אה"ע סי' קעב ס"ק טו שכתב בזה מחלוקת הראשונים, שלדעת הרמב"ן ידה דוקא ולא מהני משיכה או הגבהה. אך כפי הנראה לדעת רוב הפוסקים מהני הגבהה, עיי"ש בפת"ש, אך עכ"פ כשהגט ניתן בעל כרחיה לא מהני, כמבואר בספר תורת גיטין.

בספר תורת גיטין בסי' קלט סט"ו דן אי מהני שהאשה תתגרש כשהגט אינו בתוך ידה אלא עשתה שאר קניינים בגט, והעלה דקנין הגבהה או משיכה מהני. אך כתב שם - "אמנם נלפענ"ד דדוקא כשמגרש ברצונה מהני קנין הגבהה או משיכה, אבל כשכופה אותה בעל כרחיה לעשות משיכה או הגבהה שלא בידה כגון שקשור בה הגט וכופה לילך שיהיה הגט נמשך או שכופה אותה לעשות שיהיה הגט מוגבה מכוחה ואין הגט בידה, יש לומר דאינה מתגרשת ומטעם אחר. דכל הקניינים בעינן שיהיה בכוונת קנין, דעודר בנכסי הגט וקסבר שהן שלו לא קני, וכן מבואר בח"מ סי' ח' דהגבהה בלא כוונת קנין לא קנה, וה"ה בכל הקניינים בעינן כוונה, וכשהוא בעל כרחיה אין כאן כוונת קנין, משא"כ חצירה וידה דקונין שלא מדעת קנין ... ולפי זה צ"ע במה שמטעין לפעמים האשה ונותנין הגט לתוך חפץ והיא אוחזת בראש החפץ, ואין מקנה לה החפץ, דזה לא נחשב רק כהגבהה בלא דעת קנין, אם לא שנותן לה גם החפץ במתנה, דאז דמי לכתב גט ונתן בחצירו וכתב לה שטר מתנה עליו דקנאתו ומתגרשת בו, כדלעיל בסי' קל"ח, וכליו מטעם חצר הוא כמ"ש השיטה מקובצת ב"מ דף ט' דבעינן שיודיע לאשה בשעת מעשה, ולא מהני מה שמודיע לעדים, דבחצר מסופק הרשב"א הביאו הב"ש סי' קל"ח סק"א. וגם בעינן שלא חזרה בה תוך כדי דיבור לקנייתה, שאם זרקה תכ"ד וממילא לאו חצירה הוא. דנהי דבגט לא מהני חזרה תכ"ד, מ"מ לענין קנין של החפץ מהני החזרה, וממילא נתבטל גם הגט".

ועיין בספר עונג יו"ט סי' קנה שכתב ג"כ בעין סברא זו. וע"ע באוצר הפוסקים סי' א' ס"ק סג אות ה'.

לעומת זאת מהבית שמואל בסי' קכ ס"ק יא נראה שנקט בפשיטות שהגט אינו בטל, וע"ע בפת"ש סי' קכ סק"ז שהביא את הדעות בזה. ויש להוסיף שכן דעת הגרע"א, בתשובה ח"א סי' קא כתב הגרע"א בתוך דבריו בלשון זו - "חזינן דאף לבתר תקנת רגמ"ה אם עבר וגירש בע"כ דמגורשת, ולא אמרינן דמכח התקנה, הוא גם כן קנין שלה, וא"י להפקיע קנינה ע"י נתינה בע"כ, והיינו דמכל מקום לא נעשה הוא קנין שלה אלא דיש עליו איסור חרם שלא לגרש בע"כ".

ומהרש"ם ח"ד סי' יט לאחר שדן בשאלה זו כתב - "אבל בגוף הדין מבואר בשו"ת בשמים ראש בסי' שפ"א בפשיטות דגם לפי החדר"ג מהני דיעבד ע"ש, גם בשו"ת רע"א סי' ק"א באמצע התשובה מבואר כן בפשיטות, ועיין בכסא דהרסנא סימן קס"ח באורך בזה שהעלה דתקנת ביטול הגט דיעבד לא נתקבל בעולם".

העולה מדברינו, לדעת רוב הפוסקים הסוברים שבנידון שלפנינו הבעל עבר על חרם דרבינו גרשם, זוהי פלוגתא דרבוותא האם הגט גופו בטל, וזאת גם אם הגט גופו היה מסודר כדת וכדין, עכ"פ יש לחוש לביטול הגט לדעת הסוברים שאם עבר על חרם דר"ג הגט בטל.

וכתב הבית מאיר בתשובה (צלעות הבית שהודפס בסוף ספר בית מאיר על אה"ע, סי' ד') - "על עסק ביש ששמעתי שנעשה בימינו, איש אחד גירש אשתו על ידי תחבולה בעל כרחיה. הנה בסי' קי"ט איתא בהג"ה אבל רגמ"ה החרימם שלא לגרש אשה שלא מדעתה, עבר וגרש בע"כ בזה"ז ונשאת שוב אין האיש נקרא עבריין, והבאתי שם משמעות היש"ש שמ"מ לא מהני לו הגירושין לענין שיהא מותר באחרת למנהגנו באיסור שתי נשים ... ואולם יותר מזה צ"ע אם לא יהא מחוייב ועומד לחזור ולישאנה".

הבית מאיר פשיטא ליה שהגט גופו בר תוקף למרות שעבר על החרם, וכדמשמע מהרמ"א שכתב שהאשה יכולה להנשא לאחר ואז הבעל אינו עבריין, אך הבית מאיר האריך לדון במחלוקת אביי ורבא במסכת תמורה במילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני או לא מהני. ובסיום דבריו מסקנת הבית מאיר היא - "מעשה אחרי שביירנו ת"ל פסקן של הראשונים ז"ל לדינא כרבא, בודאי ראוי לנו לילך בעקבותיהן ולפסוק בנידון שלפנינו מגרש בזמן הזה בעל כרחיה כרבא, דלא אהנו מעשיו ושבעמוד והחזר קאי, כקושיית התוספות בנשבע שלא לגרש, דהא סברת תירוצם לא שייך, דזה לא בדה האיסור ואין לו התרה מצד עצמותו, והוא איסור תורה חרגמ"ה, ועל בתי דיני ישראל להורות לו שעדיין כל יום ויום עובר על החרם עד דליהדר או שתנשא היא לאיש אחר, וזה נמי משמעות הרמ"א דשוב לא נקרא עבריין, משמע הא קודם שתנשא הוא נמי עבריין בחרם הנ"ל, וממילא נמי כיון דאגידה גביה שעדיין בעמוד והחזר קאי, עדיין נמי באיסור נשיאות שתי נשים, דומיא דזקוקה

מי ששהה חמץ אצלו בשוגג כתב הטור דהוי כאוכל חלב בשוגג, אף דמתעסק ודשא"מ הוא, אך דא"צ כוונה רק במידי דמעשה וכ"כ במק"ח שם, וכמו כן בכוונת קנין דבלא כוונה חשוב כמתעסק, [כמו מצוה בלא כוונה למ"ד מצוות צריכות כוונה, בלא כוונה חשיב מתעסק כדאמרינן ב"ר"ה (כ"ח) תוקע לשיר נמי מתעסק קרי ליה] וע"כ בקנין שיש בו מעשה, בלא כוונה אינו קונה, אבל רשותו של אדם דלאו משום מעשה, שפיר קונה שלא מדעתו, והוא כמו משהה חמץ ברשותו בלא כוונה. מעתה אף בדעת אחרת מקנה דלא בעי כוונת קונה לקנות, דכוונת המקנה להקנות הוא במקום כוונת הקונה לקנות, אבל כוונת מעשה בעינן, דבלא מעשה חשיב יותר מתעסק ולא נתכוין לקנות. דאפילו למ"ד מצוות א"צ כוונה מ"מ כוונת מעשה בעינן ובלא כוונת מעשה מתעסק גמור הוא, ...ע"כ נ"ל ברור דאין בזה שום סרך קנין הגבהה".

ובסי' קסא הוסיף בזה האבני נור, ליישב הקושיות שהקשו לו על דבריו בסי' קס, וז"ל -

"מ"ש עוד דכי לכיס לבד נתכוונה, לכיס וכל מה שבתוכה נתכוונה, ודומה לסבור שומן ונמצא חלב דלאו מתעסק הוא כמבואר בכריתות [אף אי יהי' ברור לי' שידעה שיש דבר בתוך הכיס], מה פשיטא לי' דכהאי גוונא לאו מתעסק הוא, דעת התוס' שם בכריתות דכה"ג מתעסק הוא ושוגג רק בחושב שהוא מותר, אבל אם חישב שהוא דבר אחד, ואם היה אותו דבר הי' מותר מתעסק חשוב, ... בהגבהה מסברא שאם אינה יודעת שהוא אותו חפץ מתעסק מיקרי ... מלבד זה, אם האשה חשבה שהוא נייר בעלמא ונמצא גט, גם באיסורין כה"ג הוי מתעסק גם לרש"י, שהרי גט הוא נייר עם אותיות, ועיקר הגט האותיות ספירת דברים, והנייר נושא האותיות שלא יהיו פורחין באויר, וידוע דברי הרמב"ן במלחמות פ"ק דסוכה דקלף של ס"ת חשוב רק תשמיש קדושה ולא גוף הקדושה, שגוף הקדושה הם האותיות, ה"נ גוף הגט הם האותיות, וכ"ש הוא, ואם היא סוברת שהוא נייר חלק ונמצא עליהם אותיות הגט, מתעסק גמור חשובה אצל האותיות שהוא עצמו של גט ספירת דברים.

ומ"ש עוד דאת"ל הגבהה מהני בגט בע"כ, גם אם אינה מתכוונת להגבהה מהני הא ליתא, דכיון דמתעסק הוא אצל הגבהה לא הוי הגבהה כלל, וראיה לזה מצווח לדעת הרא"ה וטורי אבן דאפילו צווח ככרוכיא שאינו רוצה לצאת יצא למ"ד מצות א"צ כוונה, ואעפ"כ מתעסק לא יצא, הנה דמתעסק גרוע מבע"כ".

וע"ע באבני נור סי' קעב ס"ק יג שנראה שנטה קצת מדבריו בסי' קס.

העולה מדברינו, שלפי המסתבר, שהגט לא ניתן בתוך ידה ממש, כמקובל בסדור הגט, על פי הדין אינה מתגרשת בעל כרחיה, למרות שהגט נמסר לידיה והגביהה או משכה את הגט. אלא מאחר שלא ניתן לברר את הענין לאשורו יש מקום לחוש שמא נמסר לה בדרך שהגט ניתן בתוך ידה ממש, ולא היה צורך לדון מכח הגבהה או משיכה.

העולה מדברי התורת גיטין, שאם הגט הונח בתוך מעטפה, ונטלה את המעטפה מבעלה, זוכה בגט מכח הגבהה, דמסתמא לא הניחה את כל המעטפה בתוך ידה כמקובל במסירת גט, ובקנין הגבהה אי אפשר להקנות לאשה בעל כרחיה. אמנם אילו רצתה לקנות את המעטפה, נקנה הגט בקניין חצר, אך כאן שהודיעה לבעל שאינה מסכימה להתגרש, פשיטא שלא רצתה לקנות את המעטפה, ואין מקום לדון עפ"י מש"כ התורת גיטין בסוף דבריו.

ובאגרות משה (חלק חו"מ ח"א סי' סד) באר את דברי התורת גיטין, וז"ל - "התור"ג מחדש דבע"כ דגט הוא רק בידה וחצרה ולא בהגבהה ומשיכה ... הטעם הוא פשוט דבידה א"צ למעשה שלה וחצרה בגט הוא רק מטעם ידה, אבל משיכה והגבהה שהוא במעשה קנין שלה אין שייך שיחשב מעשה שלה בע"כ, וכן אין שייך שליחות שלה בע"כ, ומטעם זה חצרה הוא רק מטעם ידה".

וע"ע בשו"ת נפש חיה חלק אה"ע סי' מ' שהסכים עם שיטת התורת גיטין דלא מהני להקנות לאשה בקנין הגבהה או משיכה בעל כרחיה, אך תמה שם על מש"כ התורת גיטין שבקנין חצר מהני קנין בעל כרחיה, וכתב בזה דבגט שניתן בחצירה או בידה לאו מתורת קנין אתינן ולכך מועיל אפילו בעל כרחיה, אך במקום שמכח קנין האשה מתגרשת, אינו מועיל בעל כרחיה.

והאבני נור חלק אה"ע סי' קס כתב וז"ל - "הנה דברי התור"ג פשוטים וברורים, דיד שקונה שלא מדעת רק רצונה שלא לקנות מבטל הקניין, בזה אמרה התורה שאינה יכולה לעכב הגירושין שאינו בדין שיהיה בעלה שלא לרצונו. וכמו שביאר הרשב"א גיטין (ע"ה ע"א) וז"ל אבל גט אשה שאין בעלה קנוי לה אלא שיש לאשה שיעבוד עליו בעודה תחתיו, כשהוא בא לסלק שיעבודו מעליו אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה, נמצא אתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבהו, עד כאן. אבל הגבהה שבעצם אינו קנין, אין התחלת קנין כל זמן שלא נתרצתה, ודומה לנותן גט בחצר שאינה משתמרת, דאף דבמתנה מהני כיון שדעת אחרת מקנה דלא גרע משליחות, גבי גט לא מהני, דאין חבין אלא בפניו, ואף שאם היתה מתרצית היה מועיל, מ"מ כל זמן שלא נתרצתה אין כאן נתינה, ה"נ בזה, ודווקא בידה שבעצם הוי קנין בזה אמרה תורה שלא תוכל לבטל".

בהמשך התשובה הוסיף האבני נור - "נ"ל דבנ"ד שהגט בתוך הכיס והיא לא ידעה שהגט בתוך הכיס כמו שבא בשאלה, דאף אחר שאמר הבעל שהוא גט לא האמינהו והיה לצחוק בעיניה, לכ"ע לא חשוב הגבהה. דהנה מקור החילוק בין עורך בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה, בין חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, מבואר במהרי"ט חלק חו"מ סי' מ"א וז"ל דבעודר בנכסי הגר שאני דהוי מעשה קנין ולא קני אלא מדעת ובכוונה, אבל רשותו של אדם קונה לו בלא דעת קונה עכ"ל, והסברא קילורין לעינים דמצינו כיוצא בזה באיסורין דמתעסק פטור ודבר שאין מתכוין מותר, ואלו

אשתי פלונית (כאן כתב רק את שמה הפרטי) (המכונה פלונית) לבית פלוני בת ר' פלוני (כאן כתב שמו הפרטי ושם משפחתו) מעיר פלונית מכל עסק אישות בינינו ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם וזה יהיה לך ממני גט פיטורין כדת משה וישראל.

נציין כמה מהטעויות החמורות שנפל בהם –

א. שנינו במסכת גיטין דף פה: "גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם". ואמנם בראשונים דנו אם כתב "למהך להתנסבא" וכו' יחשב במקום "הרי את מותרת לכל אדם", אך פשיטא דבלא"ה אינו גט לכו"ע. והנה בנוסח הנ"ל נכתב "ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם". דהיינו, יש כאן שטר הודאה שהוא אומר לה כן, אך אינו משלחה בספר כריתות זה.

ובתשובת הרדב"ז ח"ד סי' רכב כתב – "שאלת ממני אודיעך דעתי במי שמגרש את אשתו בגט שכתוב בלשון עדים ... או כגון שכתב אני פלוני בן פלוני פטרית ושבקית ותרוכית ית פלונית בת פלוני וכל שום שיש לה וכו' שהיתה אשתי מקדמת דנא וכו' ואיש לא ימחא בידה דן די יהבי לה מנאי ותהיה מותרת לכל אדם וכל הגט כתוב שלא לנוכח כלשון הודאה לפני עדים שעשה כך וכך וחתמי סהדי ויהבי נהלה אי הוי גט או לא.

כד מעיינת בה שפיר תשכח ... דאמר קרא וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה, דמשמע דספר הכורת צריך שיתן בידה, ולא ספר הודאה ולא ספר העדאת עדים, דהני לראיה בעלמא ניהו ונמצא שלא גרשה בספר אלא בדברים שאמר לה, ואנן ספר בעינן, ושיוכיח מתוך הספר דבו מתגרשת. דתנן התם גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם ר"י אומר ודן די יהוי ליכי מנאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין. ואמרי בגמרא דאיפליגי אי ידיים מוכיחות הויין ידיים או לא, ור' יהודה ס"ל לא הויין ידיים וצריך לכתוב ודן דמוכחא מלתא דבהאי גיטא קא מגרש לה, אבל לא כתב לה ודן אמרינן בדבור גרשה ושטר ראיה בעלמא, ואיפסיק הלכתא כר' יהודה דקאי רבא כותיה. הא קמן דאף ע"ג דכתב לה הרי את מותרת לכל אדם אין כאן גוף הגט עד דכתב לה ודן די יהוי ליכי מנאי, וכ"ש בנ"ד דאינו מדבר עמה כלל דאין ידיים מוכיחות. ולדעת כ"ע אין כאן גופו של גט ובדבור בעלמא מגרשה ואין כאן ספר כריתות ... הילכך לכ"ע בעינן שיכתוב לה ספר שמדבר בעצמו עמה לנוכח וימסרנו לה בפני עדים, ואם כתב לה גט באחד מהלשונות אשר שאלת ונתנו לה קרוב אני לומר שאינה מגורשת כלל, ואם הלכה ונשאת תצא והולד ממזר, ולא מבעיא אליבא דרבי מאיר דאמר כל המשנה ממטבע שטבעו חכמים בגטין הולד ממזר, אלא אפילו אליבא דרבנן דאין כאן גט מן התורה, דספר כריתות בעינן שיתן בידה ולא ספר הודאה וכדכתיבנא לעיל" עכ"ל הרדב"ז.

בנוסח הנ"ל שבפנינו נכתב לשון הודאה בדברים – "ואומר לה" וכו', ולפי המבואר בכך קלקל את הנוסח הנחוץ – "והרי את מותרת לכל אדם".

ממוצא דברינו עולה – אין להתירה להנשא בגט זה, ואפילו בדיעבד או במקום עיגון, אינה ניתרת בכך, וזאת מפני שלשה טעמים.

א – הגט סודר על ידי אינשי דלא מעלי שאינם בקיאים כלל בהלכות גיטין, ומסתבר שהגט נפסל, מפני כמה וכמה הלכות שנכשלו בהם.

ב. לדעת הר"ן ועוד רבים מגדולי הפוסקים, אף אם הגט נכתב וסודר כראוי, עכ"פ הבעל עבר על חרם דרבינו גרשם, ולדעת מקצת מהפוסקים, הגט אינו מועיל כלל אפילו בדיעבד, ואליבא דהפוסקים דהגט קיים, כתב הבית מאיר שהבעל אינו נפטר מחרם דרבינו גרשם, כל עוד לא יחזור לישאנה, ובעמוד והחזר קאי. ויצויין שגם לדעת מקצת הפוסקים הסוברים דהחרם אינו קאי על בני קהילות ספרד, מ"מ פסק הרשב"ש שהבעל חייב בנידוי, ומלבד זאת בודאי שעשה מעשה שלא יעשה שחפץ לגרשה בלא שפרע את מלוא דמי כתובתה.

ג. מאחר שהגט הונח בתוך מעטפה, ומסתמא המעטפה לא הונחה כראוי בתוך ידה, אלא הבעל סבר שתקנהו בהגבהה או משיכה, אינה קונה את הגט בעל כרחו.

גט שנכתב בנוסח מקוצר

בהמשך לאמור לעיל, כאן המקום להתייחס לתופעה אחרת שבית הדין נזקק להתייחס אליה, אודות ת"ח אחד שפרץ גדר לסדר גיטין, למרות שלא הוסמך לכך, ולמרות שאינו יודע לסדר גט כמקובל מקדמת דנא עפ"י סדר הגט, ועוד המציא מדעתו נוסח מקוצר לגט, וכתבו על נייר קטן בעט ובכתב ידו. לאחר שהדברים התבררו הנ"ל הוזמן לבית הדין וננוף ובית הדין אסר עליו לעסוק בסידורי גיטין או קידושין, וכן גדולי תורה כתבו כנגדו דברים קשים והורו לו לחדול ממעשיו. הלה קבל על עצמו להמנע לחלוטין, ואמנם מאז אין ידוע לנו שחזר לעסוק בסידורי חו"ק או גיטין.

בית הדין הזמין לסידור גט מחדש את אותן נשים, שהתברר לנו שקבלו "גט" כזה. אך מן הראוי להתייחס לנושא, להוציא מלב הטועים שהריעותא היתה רק פריצת גדר בלבד, ולברר שה"גט" הנ"ל פסול מדינא. ונ"מ אם יתברר שעדיין מצויה אשה שקבלה "גט" כאמור, בלא שסודר מחדש ג"פ כדמו"י.

להלן מש"כ בהתייחסות לגיטין שהנ"ל סידר –

עד כמה גדולים דברי חכמים שהורו שכל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין לא יהיה לו עסק עמהן, וגם מי שהוא תלמיד חכם מופלג לא יהיה לו עסק עמהן אם אינו מוסמך ומורשה לסדר גיטין, להלן כמה הערות על "גיטין" אלו, ומסתמא שיש ריעותות נוספות, מלבד האמור להלן.

נוסח הגט שהנ"ל כתב כפי שהובא לידיעתינו בבית הדין היה כדלהלן –

בראשון בשבת ל' לחדש אב תשס" ... כאן בעיר פלונית אני פלוני (כאן כתב שם פרטי ושם משפחה) מגרש בזה את

בהדיא כל לשון כפול לא מפסיל, אבל אם כתב ספר תרוכין בשיטה אחרונה אז מפסיל אליבא של התוס'.

והביאו בספר ישמח לב אה"ע סי' ז'.

עכ"פ לענין הטופס לכל הפחות קיימת הכרעת הפר"ח שאין לגרש אשה בלא כתיבתו במלואו, ובכל הנוגע לעיקר הנוסח של הטופס, הדברים מבוארים ברש"י ותוס'.

ד. בספר משנת רבי אהרן (תשובות הגאון רבי אהרן קוטלר ז"ל) ח"ב סי' ס' כתב – "במה שרצה כתר"ה לקצר הנוסח של הגט. הנה יעויין בפוסקים סי' קכ"ה מחלוקת הראשונים בזה, מהו הדין אם חיסר אפילו תיבה אחת מהטופס, לדעת הרבה מהראשונים פסול בדיעבד, והיינו שגם אם נתגרשה בגט כזה לא תינשא לכתחילה. ואף דהפר"ח בסי' קכ"ה הכריע שבדיעבד אם נתגרשה כשר להינשא, היינו משום דסומך בדיעבד על המקילים, אבל למחמירים גם אם נתגרשה לא תינשא.

ולי נראה ראה ברורה לזה מתוס' ב"מ דף ז' ע"ב דאף בדיעבד פסול אפילו אם חיסר שיטה אחת מהטופס. דיעויין שם בד"ה דאית ב"י, שכתבו גבי שנים אדוקים בשטר זה בתורף וזה בטופס - "ועוד במה עדיף תורף מטופס, כך השטר פסול בלי טופס כמו בלי תורף, דאם נמחק אפילו שיטה אחת מן השטר הוא פסול". הרי שגם בשאר שטרות פסול בדיעבד אם חיסר שיטה אחת. ואין לטעון ולדחות הראיה דכוונת התוס' הוא דוקא בנמחקה שיטה אחת, דמה שזה אדוק חשוב כנמחק, וזה טעות, דבנמחק הוי ריעותא טפי מחסר משום שמא היה שם תנאי במקום המחק, משא"כ בשניהם אדוקים החלק שתפס השני הוא כמאן דלית' ולא כנמחק, וזה ברור.

ולפי זה גם בשאר שטרות פסול, נראה דבגט אף אם נשאת תצא, אף להפוסקים דבכל פסולי דרבנן בגט אם נשאת לא תצא, מ"מ מבואר בר"ן גיטין פרק המגרש דף פ"ז ע"א דבפסולים כאלו דאיתנייהו גם בשאר שטרות בזה בגט אם נישאת תצא. ולפי מה שהוכחנו מהתוס' חסרון בטופס פסול גם בשאר שטרות, ולפי זה בגט אם נישאת תצא. ולפי זה אין להקל גם בדיעבד, כיון דלדעת המחמירים הלא תשב באיסור כל ימיה", עכ"ל תשובת הגאון ר"א קוטלר ז"ל.

ונסיים במש"כ בתשובת תשורת שי תניינא סי' י' אודות גט שנכתב על ידי הבעל בנוסח מקוצר – "ומ"מ הכותב והחותם גט כזה ... המה עבריינים כיון דפסול לכל הפחות מדרבנן, שמא יבוא לידי מכשול עי"ז, שתנשא זו, או הוא ישא אחרת ויעבור על חדרגמ"ה".

ויצויין שאותו ת"ח סידר קידושין עם כתובה בנוסח מקוצר מאד במספר מילים, ולפי המבואר בתשובת הגאון רבי אהרן קוטלר ז"ל גם בשטרי ממון שמאחר וחסר הטופס המינימאלי, השטר פסול. וסייעתא לדבריו הם דברי התוס' במסכת כתובות כ: שאינו נקרא שטר אם אינו כתוב "כתיקון שטרות", ובכך עדות העדים תיפסל מפני שהיא מפי כתבם ואכמ"ל בזה.

ב. "עסק אישות" הוא ביטוי חדש ומיוחד שאינו מצוי בש"ס ופוסקים, ולא היה מקום להמציאו בתוך הגט המקוצר, ולהביא לפסול מה הכוונה.

ג. בספר פרי חדש סי' קכה ס"ק לט כתב – "איכא לספוקי אי לכתחילה מחייבינן למכתב טופס מדרבנן או לא. ומהא דקתני הכותב טופסי גיטין, וכן מהא דאיתא בש"ס אי גזרינן טופס אטו תורף, ליכא למפשט מידי, דדילמא מנהגא בעלמא הוא דהווי נהיגי למכתב טופס, וכי כתיב טופס הוא דגזרינן ביה טופס אטו תורף. ומהני דקדוקי דאיתנהו בהמגרש נמי ליכא למידק מידי, דכי לא כתיב טופס כלל עדיף טפי מהיכא דכתיב בגריעותא. ומיהו מהא דקתני בפרק המגרש גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם ר"י אומר ודן דיהוי ליכי מנאי ספר תירוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין וכו', שמעינן מדרי"י מיהא דתקון רבנן טופס גיטין. וכן נראה מדברי רש"י דאהא דמבעיא לן אי בעינן למכתב ודן ... ופרש"י כל שאר דברים הנכתבים בגט כגון די תהויין וכו' מי הזכירם רבא בתקנה זו אלא אע"ג דלא אזכרינהו רבא בעינן דליכתבינהו ע"כ, משמע דשאר מילי נמי בעינן למכתבינהו דומיא דמיומא דנן ולעולם דלא הוי אלא לשופרא דמילתא משום לעז".

בהמשך דבריו, הפרי חדש קובע שזו מחלוקת ראשונים האם כשחיסר תיבה אחת מהטופס הגט כשר, ולדעת רש"י ותוס' אפילו חיסר תיבה אחת מהטופס פסול, ולדעת רשב"א כשר. ראיית הפר"ח מרש"י הוא בהא דלא לכתוב איגרת (גיטין פה:): דמשמע לשום איגרא שהוא גג, משמע שאף שאינו לשון המשנה את המשמעות, אלא רק חסרון התיבה, כבר נפסל.

ובמסקנתו כתב הפר"ח – "הכלל העולה מכל זה שאם חסרה תיבה אחת מן הטופס שלכתחילה לא תתגרש בגט זה, ואם נתגרשה תנשא לכתחילה, ובמקום עיגון אף לכתחילה תתגרש בו".

ועיין בשו"ע סי' קכו סעיף מט שפסק שאם חיסר תיבה אחת מהטופס אינו נפסל בכך. וכתב בתשובת צמח צדק חלק אה"ע סי' רלט, שהפר"ח הכריע בפשרה בין השיטות, לכן כתב שלכתחילה לא תתגרש בגט ואם התגרשה מגורשת.

אמנם בעיקר דינו של הפר"ח, כתב בספר משנת רבי אליעזר (להג"ר אליעזר טולידו ז"ל) ח"ב סי' כו שאין ראה מדברי רש"י ותוס' בדין כתב "איגרת", לפסול בכל חסרון תיבה אחת – "דהראשונים ז"ל קיימי בטופס עיקרי, דליכא למשמע הענין אלא מניה וביה. אבל היכא דהטופס הוא מיותר ומשולש, משום שכך מדות חז"ל, וכמ"ש ז"ל, אז נימא דאף רש"י והתוספות מודו דכשר, ואף הרמב"ם דמינה הוכיח הרב פרי חדש, לא מיירי בתיבות מכופלות ומשולשות, ודברי התוס' דפרק גט פשוט הנז"ל שכתבתי, הן הן מעידות ומגידות כסברא הלזו, דהא כתבו דמאחר דאין למדין משיטה אחרונה, אין לכתוב בשיטה אחרונה אלא מתרוכין ואילך דהיינו אגרת שבוקין וג"פ כדמו"י ע"כ, הרי

סימן פה

מעמדו של השליח הראשון לאחר שמינה שליח שני

ר"ח סיון תשנ"ז

לכאורה היה מקום לומר, מאחר שהשליח הראשון קבל כוחו מהבעל, כשם שהבעל יכול למנות כמה שלוחים, גם שלוחו יכול למנות כמה שלוחים להולכת הגט. ולאחר שהשליח הראשון מינה את השליח השני, יכול השליח הראשון בעצמו לחזור ולמנות שליח שלישי ורביעי, ולכל אחד מהם ניתן הכח להוליך את הגט לאשה.

מדברי הטור אה"ע סי' קמא נראה שלא כלתה שליחותו. וז"ל הטור - "כתב הרמ"ה שאם מת השליח השני, לא נתבטל בכך שליחותו של ראשון ויכול ליטלו מיורשיו של שני ויוליכנו לה או שלוחו ביד אחר, ולא נאמר בזה כבר עשה שליח שליחותו כדאמרינן גבי עדים שחתמו בשטר ונאבד השטר, לפי שלא נגמרה שליחותו זה עד שיגיע הגט לידה".

וכן פסק השו"ע סי' קמא סעיף מב. ועיי"ש בבאר הגולה שהביא את הטעם - "לפי שלא נגמרה שליחותו זה עד שיגיע הגט לידה".

ואין לומר, שאני התם שהשליח השני כבר מת, אבל אם השני עדיין חי, לא יוכל הראשון לתת גט או למנות שליח אחר. זה אינו, דמבואר להדיא בט"ז ובב"ש שאין חילוק בין מת השליח השני ללא מת. וז"ל הט"ז ס"ק כה על פסק השו"ע הנ"ל (שפסק את דינו של הרמ"ה) - "נראה הטעם, דשליח ראשון נגד השני הוה כבעל נגד השליח. ולפי"ז אפילו השליח השני חי, יכול הראשון לבטלו וליקח אצלו הגט. דאם תאמר שנסתלק הראשון, לא היה לו לחזור ליטלו מיורשי שני ולגרש בו. אלא ודאי דהשליח הראשון הוא ממש במקום הבעל, שהרי כתב לו ירך כידי כו' וכאן לא נתכוין אלא שלא תאמר כיון שמת השני, הוה הגט בטל כאילו מת הבעל" עכ"ל הט"ז.

והב"ש ס"ק נח כתב - "ובט"ז כתב אפילו אם השני חי יכול הראשון ליקח ממנו הגט", ומבואר שכן דעת הב"ש להלכה. וכן פסק הערוך השולחן סי' קמא סעיף קיג.

על כן נראה, שבנידון דידן השליח הראשון יכול למנות שליח אחר, שהרי גם בחייו של השני לא פקע כוחו לדעת הט"ז הב"ש והערוך השולחן.

היה מקום לתלות שאלה זו במה שדנו הפוסקים אם השליח הראשון יכול לבטל את מנוי השליח השני. לדעת הסוברים שיכול לבטלו, הרי שהוא נשאר בכוחו גם לאחר מנוי השליח השני.

המשנה למלך בפ"ו מהלכות גירושין הט"ז כתב - "נסתפקתי אם שליח ראשון מבטל שליח שני, מי אמרינן נהי דיש לו כח למנות שליח מ"מ כולוהו מכח בעל קא אתו ואין לו כח לבטל השליחות דומיא דהיכא דמת שליח ראשון

המקרה הנידון

בבית הדין נכתב גט והבעל מינה שליח הולכה, שליח ראשון, על מנת לשלחו לשליח שני שימסרנו לאשה. בעקבות שינוי השליח השני והחלפתו באחר נזקקנו לברר את מעמדו של השליח הראשון לאחר שכבר מינה שליח שני, ולהלן המקרה הנידון.

בית הדין התבקש לסדר גט ולשלוח אותו לאשה הנמצאת בארצות הברית. התברר שבני הזוג לא נישאו בחו"ק כדמו"י אלא נישאו אצל הרפורמים, ולדברי הבעל, אחיו היה אחד משני עידי הקידושין. למרות זאת, מאחר שבני הזוג הוחזקו כנשואים, ולא קבלנו עדויות לביורר טיבן של הקידושין, סודר ג"פ לצאת ידי ספק.

הבעל היה כלוא במאסר והוזמן לביה"ד לסידור הגט. לאחר דין ודברים הבעל הסכים לשלוח ג"פ לאשתו, ומינה שליח לתת גט לאשתו ולמנות שליח אחר שליח וכו', בהתאם לסדר מינוי השליחות שבסדר הגט.

השליח הראשון מינה את השליח השני בשמו, כפי הרשום במכתב שנשלח אלינו מהרב המסדר את הגט במקום מגורי האשה. אך לאחר מכן התברר שבתיק הגירושין מצוי מכתב נוסף מהרב המסדר, מאוחר מהמכתב הראשון, שבו נכתב שם אחר של האדם המיועד להיות שליח שני. לא ניתן הסבר מדוע במכתב השני ניתן שם אחר של שליח שני, האם השליח השני הראשון עזב ועבר למקום אחר ואינו רוצה להיות שליח, או מטעם אחר.

בנסיבות אלו נזקקנו לברר האם השליח הראשון, לאחר שכבר מינה "שליח שני" אחד, יכול לחזור ולמנות "שליח שני" נוסף. האם יש לחוש שבטלה שליחותו של השליח הראשון לאחר שמינה את השליח השני, ואינו יכול להוסיף ולמנות אדם אחר.

אמנם בנידון שלפנינו היה מקום לקולא, מפני שהתערור ספק אם הגירושין מחוייבים על פי דין, אך מצאנו מקום לברר שאלה זו לגופה, וכן יש לדון האם השליח הראשון בעצמו יכול לתת את הגט לאחר שכבר מינה את השליח השני.

האם כלתה שליחותו של שליח ראשון לאחר שמינה את השליח השני

יש להסתפק, האם לאחר שהשליח הראשון מינה את השני כלתה שליחותו של הראשון, ושוב אינו יכול לחזור ולמנות שליח שלישי.

ועדיין השני בא מכח השליח הראשון שמינהו. אך למרות זאת כתב לבאר את דינו של מהר"ם פאדוואה, וז"ל הבית אפרים שם - "צ"ל הא דשליח ראשון מצי מבטל לשליח שני אע"ג דכולהו מכח בעל קאתו, מ"מ השני טפל לראשון ועל דעת כן עשאו שליח מתחילה, שאם ירצה יחזור ויבטל שליחותו, וגם דעת הבעל מעיקרא הכי הוא שרשאי ליתנו לשליח השני ולחזור וליטלו ממנו אם ירצה. ועיין במשנה למלך פ"ו מהלכות גירושין שכתב דאף דכולהו מכח בעל קאתו מ"מ יש לחלק בין מת הראשון לאם מבטלו בפירושו, כוונתו כמ"ש".

העולה מביאור זה של הבית אפרים, שלאחר שהשליח הראשון מינה את השליח השני, השני רק טפל לראשון, וכל עוד הראשון חי, הוא אינו מסולק מהשליחות, ומעיקרא על דעת כן מינו את הראשון שיהא בכוחו לבטל את השני.

על כן לשיטה זו של מהר"ם פדוואה המכתב מאליהו והתורת גיטין, שהשליח הראשון יכול לבטל את שליחותו של השני, ה"ה שהשליח הראשון יוכל למנות שליח שלישי כשליח להולכת הגט, מאחר שהשליח הראשון לא הסתלק, דינו כבעל שיכול למנות שליח נוסף. ולהלן יתבאר, שגם לסוברים שאינו יכול לבטלו, עדיין יתכן שיוכל למנות שליח אחר.

ומצאתי בשו"ת חיי אריה (להג"ר חיים אריה הלוי הורוויץ) ח"א סי' לח, שדן בעובדא ששליח ראשון מינה שליח שני ושלחו את הגט למקומו של השליח השני, וכשהגיע הגט התברר שהאשה נסעה למקומו של השליח הראשון והחזירו את הגט לשליח הראשון והוא רוצה לתת את הגט ישירות לאשה או למנות שליח שלישי שימסרנו לה. ובתשובה זו העלה להתיר במקום עיגון, שהשליח הראשון יתן את הגט לאשה או שימנה שליח שלישי, וסיים שם - "והסכימו לפסקא דא ה"ה אאמו"ר הרב הגאון המובהק וכו' אבד"ק טיסמניץ שליט"א וכבוד הרב הגאון מו"ה יעקב וויידענפעלד האבד"ק הרימלוב".

בתוך דבריו כתב בתשובת חיי אריה לדחות את שיטת יד המלך שתובא להלן, וז"ל - "פשיטא שאין לומר כסברת הספר יד המלך דע"י מסירת הגט לשליח השני נתרוקנה השליחות והיה כלא היה, דהוא נגד פסק השו"ע שכתב במת השליח השני יתן הראשון הגט. וע"כ דשליחות של הראשון אינה פוסקת ממנו בשעה שעושה השליח השני. לכן נראה כיון שבשעת המינוי אומר הבעל ואני נותן לך רשות לעשות שליח ושליח שליח וכו' בכל מקום שתמצאנה וכו' הרי זה אמרינן דלא נתבטל שום כח שליחות מן הראשון כשעושה שני, רק על כולם שם שליחות של הבעל ... אמרינן בפירושו דברי הבעל שעיקר כוונתו היתה שיגיע הגט לידה בכל אופן היותר נקל ... כוונתו היתה לאהדורי שהאשה תתגרש ע"י איזה מן השליחים שימצאנה אם הראשון או השני ... כשאומר בפירושו בכל מקום שתמצאנה אתה או שלוחך וכו' עיקר כוונתו היתה, שיגיע גט לידה, ומועיל שפיר".

דמתגרשת ע"י שליח שני כדאיתא בפרק כל הגט. או דילמא שאני מת מהיכא דביטל השליחות בפירושו, ולא מצאתי גילוי לדין זה. אך את זה לבד ראיתי בתשובת מהר"ם מפדוואה וז"ל בסדר הגט שכתב דמשביעין את השליח שאם יעשה שליח שלא יבטלנו. ועדיין הדבר צריך אצלי תלמוד".

לפי המבואר לעיל מאי דמספקא להמשנה למלך, פשיטא להו להט"ז והב"ש מכח דברי הרמ"ה.

וכן בספר מכתב מאליהו (לר"א אלפאדארי) שער ז' סוף סי' כה כתב - "נשאלתי בשליח העושה שליח אם יוכל לבטל השליחות כמו שהבעל יכול לבטל. והנה אמת כי הדבר פשוט אצלי שיכול לבטל ... מצאתי מש"כ הטור בשם הרמ"ה וז"ל שאם מת השליח השני לא נתבטל בכך שליחות של ראשון ויכול ליטלו מיורשיו של שני ויוליכנו לה או שלוחו ביד אחר, ולא נאמר בזה כבר עשה שליח שליחותו כדאמרינן גבי עדים שחתמו בשטר ונאבד השטר, לפי שלא נגמרה שליחות זה עד שיגיע הגט לידה עכ"ל. אשר נראה מזה דכל שלא הגיע גט לידה עדיין כח בשליח הראשון לעשות בשליחותו מה שירצה כמו הבעל. (הדבר מפורש במהר"ם פדוואה סי' י' שכתב וז"ל תחילה סדרתי שהשליח הראשון מינה בפנינו שליח שני והשליח הראשון קבל עליו בחרם שלא לבטל השליח עכ"ל)".

ובספר תורת גיטין סי' קמא סעיף מב כתב - "ועיין במשנה למלך שמסופק אם השליח הראשון יכול לבטל להשליח שני שעשה. ולא ידעתי מקום לספק בזה, דהא מכאן מוכח דלא נגמר שליחות הראשון, וכיון דהא דעשה השני לשליח דיבור הוא, וכשמבטל אתי דיבור ומבטל דיבור כמו בבעל".

ועיין בספר קצות החשן סי' רמד סק"ב שהביא את שיטת מהר"ם פדוואה דשליח ראשון יכול לבטל שליח שני, ולא הביא כל חולק על שיטה זו. וכן בסי' קפח סק"ב כתב קצות החשן - "שליח שני מכח שליח הראשון בא ושליח הראשון הוא, מדכתב מוהר"ם פדוואה בסדר הגט דאם שליח הראשון מבטל שליחות השני הרי שליחות בטל ע"ש והובא בט"ז באה"ע סי' קמא ועיין משנה למלך פ"ו מגירושין, וא"כ היכא דמת השליח הראשון היכי נותן שליח השני, אלא ודאי דשליחות לא בטל אפילו אחר מות הראשון".

ומבואר שהקצות החשן נקט לעיקר כשיטה זו, ששליח ראשון יכול לבטל שליח שני, ופשיטא ליה שלעולם שליח שני הוא שלוחו של ראשון.

והנה בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע סי' קיא (דף ס.) כתב - "ומ"ש שם בקצה"ח ראייה לסברת הרמב"ם מהא דקיי"ל דמת שליח ראשון ... ודבריו תמוהים ואישתמיטתיה דברי הש"ס בגיטין דמבואר דה"ט דמת ראשון לא בטל שני משום דכולהו מכח בעל קאתו ... הא לאו הכי בטל השליחות על ידי מיתת הראשון לפי שפסק כח המשלח".

הבית אפרים אמנם חולק על מש"כ בקצות החשן שגם לאחר מיתת השליח הראשון, לא פסק כוחו של שליח ראשון

בשטר עשו שליחותם במה שחתמו השטר, שעל זה נעשו שלוחים לחתום, ואף שנמחק השטר ואי אפשר לגבות בו, על הגוביינא לא נעשו שלוחים, ומכיון שכלתה שליחותם לחתימת השטר, אינם יכולים לחזור לחתום שטר שני. ה"ה לעניין שליח הגט, כל עוד השליח השני קיים ויכול למסור את הגט, אמרינן דעשה השליח הראשון שליחותו, ורק מת השליח שני וכבר אינו יכול למסור את הגט, התברר למפרע שהראשון לא עשה עדיין שליחותו.

לכאורה הדברים צ"ע, דמפשטות לשון הרמ"ה שכתב "לפי שלא נגמרה שליחות זה עד שיגיע הגט לידה", נראה כדעת הט"ז והב"ש, דאף אם לא מת שני, לא בטלה שליחותו של ראשון.

אך מצאתי שגם בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' עח נקט כסברת החזו"א. השם אריה דן בנידון שהשליח הראשון ביטל את השליח השני בטרם נמסר הגט ליד האשה. השם אריה הביא את ספקו של המשנה למלך בזה, ואת מש"כ הט"ז הב"ש והתורת גיטין, וכפי שהובא לעיל, וכתב על דבריהם - "אבל לבבי לא ידמה כן, ונ"ל דכשהוא חי אינו יכול ליטול הגט מידו ואינו יכול לבטל שליחות השני, אדרבה שליחות הראשון בטל ואינו יכול לגרש רק השני. דהנה דין זה מביא הטור בשם הרמ"ה, וז"ל כתב הרמ"ה שאם מת השליח השני לא נתבטל בכך שליחותו של ראשון ויכול ליטלו מיורשיו של שני ויוליכנו לה או שלוחו ביד אחר, ולא נאמר בזה כבר עשה שליח שליחותו כדאמרינן גבי עדים שחתמו בשטר ונאבד השטר, לפי שלא נגמרה שליחות זה עד שיגיע הגט לידה. הרי דעיקר טעמו משום דכל שלא הגיע הגט לידה לא נגמרה השליחות. ולפי זה נראה דדוקא במת השליח או אין שליחות הראשון בטל, ולא כשהוא חי, דהרי קיי"ל בסי' קכ"ב באמר לסופר ולעדים לכתוב וליתן גט לאשתו, דאם נאבד או שנמצא פסול יכולים לכתוב גט אחר דלא עשו עדיין שליחותם, ואם לא נאבד רק שרוצים לכתוב אחר מחמת איזה גמגום או חומרא אינם רשאים דכבר עשו שליחותם. ודבר זה ממש הוא גם בכאן. דבמת השליח השני הוא כמו התם בנאבד הגט דלא נגמרה השליחות עדיין, ולא אמרינן דעשה שליחותו, לכך יכול ליטלו בעצמו או לשלחו ביד אחר. אבל כשהשליח קיים דמי להיכא שהגט קיים דאינו יכול לכתוב גט אחר, כמו כן כאן ג"כ עשה שליחותו. ודוקא במת קאמר הרמ"ה דלא עשה שליחותו, אבל כשהוא חי שליח שני, כבר עשה שליח ראשון שליחותו. ולפי זה אין מקום לכל דברי הט"ז, ומכל שכן דאין ראייה שיכול לבטל שליח שני מזה ... סוף דבר אין בכוחנו לפשוט ספקו של המשנה למלך מסברא בלא ראייה ברורה. בפרט שבכל סדרי גיטין מבואר שמשביעים את השליח שלא יבטל שליח שני, משמע דלולי זאת יכול לבטל כמ"ש במשנה למלך".

העולה מדברינו שלשיטת ספר יד המלך שו"ת שם אריה והחזו"א, כל עוד השליח השני קיים וראוי למלא שליחותו, השליח הראשון אינו יכול למנות שליח אחר.

הסוברים שלאחר שהשליח הראשון מינה את השני שוב אין בכוחו למנות שליח

יש מי שכתב שלאחר שהשליח הראשון מינה שליח שני כלתה שליחותו. בספר יד המלך בפ"ו מהלכות אישות הלכה ט"ז (המובא בפתחי תשובה סי' קמא ס"ק מב) דן בספקו של המל"מ (שם) האם השליח הראשון יכול לבטל את השליח השני. וכתב ע"ז יד המלך וז"ל - "והנראה לי בדין זה, דהנה ודאי הא דיש כח ביד שליח למנות שליח אחר הוא מכח הבעל, דהוי כאילו מינה הבעל אותו שליח לכך, שיהיה כח בידו למנות שליח אחר, וכן לשליח השני עד כמה שלוחים, וכמו שאמרו בגמרא אטו כולה לאו מכח הבעל קאתי. ולפי זה תיכף כשבא הגט מיד השליח הראשון ליד השליח השני כלתה שליחותו והיה כלא היה כלל, ואין לראשון עוד תורת שליח כלל, דהוי כאילו הבעל בעצמו מינה שליח השני לשליח הגט, ואיגלאי מלתא למפרע דהשליח הראשון לא היה שום שליח כלל ... תיכף כשמסר הגט ליד שליח השני כלתה שליחותו ... ומכ"ש שאין לו רשות לשנות מדעתו אחר שכבר כלה שליחותו", עכ"ל.

אך דברי יד המלך צ"ע, דמשיטת הרמ"ה והשו"ע סעיף מב מבואר דלא כלתה שליחותו של ראשון. ויש לתמוה על ספר יד המלך שלא הזכיר דברי הרמ"ה והשו"ע. ובהכרח שדעתו לחלק בין מקרה בו מת השליח השני שבכך התבטלה שליחותו למפרע וחזר לקדמותו כח השליח הראשון, משא"כ אם השליח השני עדיין חי ויכול למסור את הגט, ודלא כסברת הט"ז והב"ש.

אבל נראה שהחזו"א (חלק אה"ע) סי' קב סק"ד הכריע כסברת ספר יד המלך. החזו"א דן בעובדא שמינו שליח שני הדר בעיר פלונית ואח"כ התברר שכבר אינו דר שם, והתעורר ספק שמא המינוי לא חל, ובקשו שהשליח הראשון ימנה שליח שלישי. החזו"א דן לומר שיש מקום להסתפק אם חל מינוי השני או לא, וכתב - "צריך שימנה השליח ראשון את השלישי אבל מפני שאין לסמוך על זה, ויש לחוש ששליחות השני קיים, ובאופן זה אי אפשר לסמוך על המקילין שיש ביד שליח ראשון לבטל שליח שני, דמלשון רמ"ה שהביא בטור סעיף מ"ב מבואר דמת שליח שני נלמד מנאבד הגט וכי היכי דהתם בגט קיים אין כותבין גט אחר, ה"נ בשליח שני קיים חשיב עביד שליחותו וזה כדעת המחמירים, ולפי"ז צריך שיסכימו שליח ראשון ושליח שני על שליח השלישי", עכ"ל.

נראה מדברי החזו"א שהתייחס למחלוקת שהובאה בפת"ש סי' קמא ס"ק מב והכריע כדעת המחמירים דאם מינוי השליח השני עדיין בתוקף, כלתה שליחותו של השליח הראשון ואינו יכול למנות שליח שלישי.

ונראה שהחזו"א דייק בדברי הרמ"ה שכתב "ולא נאמר בזה כבר עשה שליח שליחותו כדאמרינן גבי עדים שחתמו בשטר ונאבד השטר, לפי שלא נגמרה שליחות זה עד שיגיע הגט לידה", דהתם בחו"מ סי' מא סעיף א' גבי עדים שחתמו

אז. א. כי בשטר הרשאה שעשה השליח הראשון את השליח השני בפני בית הדין בצפת מבואר שמה בזה"ל ובפנינו כו' גם קבל עליו בחרם ובשבועת התורה שלא לבטל את השליח ולא את השליחות כו' וחתמו על זה הרבנים ב"ד הצדק. א"כ שהשליח הראשון קיבל עליו בשבועה שלא לבטל את השליח השני, ודאי יש להחמיר שהוא עצמו לא ימסור את הגט אם השליח השני הוא בחיים, כי אולי נקרא בזה עובר על השבועה. ב. בשטר הרשאה הראשונה מהבעל נאמר, ונותן אני לך רשות לעשות בחריקאי ... והנה תיבת בחריקאי נראה שנסתלק הראשון כאשר יקח איזה דבר ממקומו ונותנים שמה דבר אחר בחריקאו, ובאמת איני בקי בצחות הלשון ובפרט בלשון תרגום, ואולם לדעתי יש לדון בזה".

בנוסף לכך הגרש"ס ז"ל טען שמוכח מחי' הרשב"א עמ"ס גיטין דף כט: (ד"ה הא דאמר רבא) שבמקרה שהשליח הראשון מינה את השליח השני בפני בית דין, נתרוקן כל כוחו לשליח השני, כל עוד השליח השני חי, והראשון כבר אינו יכול למסור את הגט.

הגר"ר שמואל העליר ז"ל דחה חששות אלו, ראשית ביחס לשיטת הרשב"א שהביא הב"ש, מלבד דהתורת גיטין חולק על הב"ש וסובר דאין מקום להביא את דברי הרשב"א לענייננו, עיי"ש, בנוסף לכך "יראה ברור שלא דברו אלא אחר שיצא הגט מתחת יד השליח הראשון ובא ליד השני, וכבר נגמר שליחות הראשון ונסתלק ... דהרשב"א מיירי שכבר נתן, משא"כ בנ"ד שעדיין הכל בידו ולא עשה כלום עדיין בשליחות האיך אפשר לומר כיון שכתב הרשאה ודיבר כבר נסתלק, חלילה לא נסתפק בזה אדם בעולם".

וביחס לפירוש המלה בחריקאי כתב הגר"ש העליר ז"ל - "והנה ידע מר כי תיבת בחריקאי אינו לשון תרגום ולא ימצא בכל תנ"ך, אלא הוא לשון הגמרא בכתובות דף סא. עיילית לך איתתא בחריקאי, ובדף קה. הבו לי גברא דדלי לי בחריקאי, ופרש"י שם פי' בחריקאי במקומו או בפגם מקומי יע"ש, והיינו ממש כמו תיבת במקומי המובא בנוסח ההרשאה בסדרי גיטין. ואחר כל זאת לא זכיתי לירד לסוף דעתו, כי הלא עיקר ההרשאה מהבעל או השליח הרבו דברים לתוקף ולהראות שמסר בכל כוחו להשליח ידך כידי ופיך כפי, כדי שיהיה במקום הבעל ממש, וכן השליח לשליח השני בודאי צריך למסור כל כוחו שיש לו בזה, אלא כי עדיין השליחות קיימא לענין אם מת השליח הכוחות חוזרים ועולים למקום שבאו משם, ואדרבה אני אומר כי לזה בחרו הראשונים בתיבת בחריקאי, משום שזה מורה יותר שמסר כל כוחו כדי שיהיה במקום הבעל, אבל לעולם חזרה וביטול מהני, ובפרט בנ"ד שעדיין תחת ידו הגט וההרשאה, מי הסירו ממקומו והביא אחר תחתיו".

במכתב של רבני צפת הגאונים רבי שמואל העליר ז"ל ורבי רפאל זילברמן ז"ל שנשלח לג"ר שמואל סלאנט ז"ל (הובא בספר תורת רבינו שמואל סלאנט ז"ל סי' פז אות ב') כתבו - "בהשקפה ראשונה תמהתי מאד על הדר"ג מה ראה

פרשת הגט שנכתב בצפת ונמסר בירושלים בשנת תרל"ד

בשנת תרל"ד התעורר דיון בשאלה דומה, בעקבות גט שנכתב בירושלים ונשלח על ידי שליח שהגיע עם הגט לירושלים. בדיון זה נטלו חלק חכמי ירושלים רבי שמואל סלאנט ז"ל, הראשון לציון רבי אברהם אשכנזי ז"ל, רבי אהרן עזריאל ז"ל (מחבר ספר כפי אהרן), ורבי ברוך פינטו ז"ל, וכן חכמי צפת הרב שמואל הלר ז"ל והרב רפאל זילברמן ז"ל.

תשובותיהם התפרסמו בארבעה ספרים, והם - שו"ת שם משמואל (להגר"ר שמואל העליר רבה של צפת) בסי' טז, ובשו"ת כפי אהרן חלק אה"ע סי' ד'- ו' ובשו"ת מהר"א אשכנזי סי' ח' ובספר תורת רבינו שמואל סלאנט ז"ל (חלק אה"ע) סי' פז, (ספרים אלו יצאו לאור רק לאחרונה, פרט לספר כפי אהרן).

וזה לשון המעשה כפי שכתב הג"ר שמואל סלאנט (שם) - "זה ימים אחדים שבא אלי ר' אלטער, שמש מכולל חסידים וואלין ותכריך בידו מצפת, גט כריתות עם הרשאה למסור הגט ליד האשה פה ירושלים, וצרפתי אלי שני תלמידי חכמים, וכאשר פתחנו התכריך, ראינו שנכתב הגט בצפת כדת. וגם ראינו שטר הרשאה מהבעל המגרש, לר' אלטער הנ"ל, ועוד מצאנו בתכריך שטר הרשאה שניה, שר' אלטער מינה שמה בצפת לאיש אחד בסאדאגורא לשליח שני כי האשה היתה אז שמה בסאדאגורא לפי הנשמע, וכאשר שאלנו מר' אלטער מה זה, אמר לנו יען כי האשה נסעה לחו"ל, ולפי הנשמע היתה בסאדאגורא והסביבה, לכן בדעתם היה לשלוח כל התכריך ע"י פאסט מירושלים לסאדאגורא, וכאשר בא לירושלים ושמעו דאפשר כי איננה עוד בסאדאגורא, לכן עיכב בידו התכריך הזה ימים אחדים, ועתה שבאה האשה לפה רוצה בעצמו למסור לה הגט".

הגר"ר שמואל סלאנט ז"ל רבה של ירושלים, הורה לשליח הראשון שלא למסור את הגט. וז"ל (שם) - "ואמרת לו כי אינני מסכים שימסור לה הגט, ואין רצוני לטפל בזה עד שישגי שטר הרשאה מהבעל מצפת מחדש". הוראה זו מיוסדת על כמה טעמים. ראשית כתב (בתשובה שבספר תורת רבינו שמואל מסלאנט ז"ל, וכן מובא בספר כפי אהרן שם סי' ג') - "הנה לא נעלם ממני אז דברי המחבר (אה"ע סי' קמ"א סעיף מ"א) ודברי הט"ז שם וגם מש"כ הרב פתחי תשובה ס"ק מב יעו"ש היטב מה שמביא דברי האחרונים. גם יעויין בדברי הב"ש ס"ק נח שכתב ודלא כחי' הרשב"א וכו'. אם אמנם כי הרב בתורת גיטין מיישב דברי הרשב"א שלא יחלוק על הרמ"ה יעויין שם, אולם לכתחילה ודאי ראוי לחוש לדברי הב"ש שמפרש דהרשב"א חולק על הרמ"ה, וגם לדברי האחרונים שמביא הרב פתחי תשובה. וגם בסדר הגט של ר"מ ז"ל נאמר בשאלות ששואלין לשליח ראשון, אם לא מינה הוא שליח אחר, יעו"ש".

בנוסף לכך כתב הגרש"ס ז"ל, וז"ל (בתשובתו שם, וחלק ממנה הובא בספר שם משמואל) - "ואולם עיקר טעמי היה

חש לבאור הנ"ל בירושלמי. וכן באר את דברי הרשב"א בדף כט: בדרך נוספת שאין מדבריו כל ראייה לומר שנתרוקנה רשותו של ראשון.

והג"ר אהרן עזריאל ז"ל (מח"ס כפי אהרן) בסוף סי' ו' ציין למש"כ בספר הלכות קטנות בקונטרס לגיטין. וז"ל ההלכות קטנות - "הטעם שאומר בנוכח השליחות הולך גט זה אתה או שלוחך או שלוח שלוחך ושליח אחר שליח, דקשה מה כוונתו באומרו ושליח אחר שליח, מאחר דכבר אמר שליח שלוחך די במה שיאמר אפילו עד מאה שלוחים. אלא הכוונה בזה שאע"פ שכבר עשה ראשון שליח, אם ימות או השליח השני או השלישי או הרביעי יכול אותו הקודם לשליח אשר ימות, לעשות שליח אחר, נמצא ששליח אחד עושה שני שלוחים זה אחר זה באופן האמור שמת השליח השני לו ודוק. כן אפשר שאפילו שלא מת השליח השני, יכול השליח הראשון שמינה אותו הבעל לבטלו ולשלוח שליח אחר שיקח הגט מידו והיינו שליח אחר שליח ודוק והבין".

וכתב על דבריו הרב מח"ס כפי אהרן - "למדנו מדבריו כמה מילי מעלייתא. א' דקאי בשיטת הט"ז ורוב חו"ר האחרונים שהובאו דבריהם לעיל דסברי דמש"כ הרמ"ה אם מת, לאו דוקא, אלא ה"ה חי. ולמדנו ג"כ דפשיטא ליה דשליח יכול לבטל, ודלא כספקו של הרב מל"מ. ועוד למדנו מדבריו דמה שכותבין בהרשאה ושליח אחר שליח הוא בכוונה מכוונת לתת רשות בידו אחר שמינה שליח שאם יעלה ברצונו יבטלנו ויחזור הוא בעצמו ליתן הגט או ימנה שליח אחר, אשר בזה אנו מוצלים מכל הפקפוקים והערעורים. ואף אם נודה להב"ש דהרשב"א סובר דפסק כוחו על ידי שמינה שליח, גם אם נודה לספיקו של המל"מ אי יש כח בשליח לבטל, הנה הם ז"ל אעיקר דינא קיימי, אבל פשיטא מודים דרבנן דאי פריש פריש. והכא בנ"ד שכתוב בנוסח ההרשאה כאשר הוא מנהג פשוט לכתוב בכל ההרשאות ושלוךך שליח ושליח שלוחךך שליח, תו אין צ"ל ושליח אחר השליח, אלא לאתויי כמ"ש הלק"ט שאמר שמינה שליח נותן לו לבטלו ולחזור כחו אליו ולמנות שליח אחר במקומו, ונמצא מפרש דבריו שנותן לו זה הכח, ובכי הא כו"ע מודו באין חולק וברור"

בסופו של דבר, בעובדא הנזכרת, הבעל מאן למנות את ר' אלטער פעם נוספת ולא נאות לכך אף בריצוי כסף, והגט ניתן בבית הדין של הספרדים בירושלים בראשותו של הראשון לציון מהר"ר אברהם אשכנזי ז"ל (כפי שכתב בספר כפי אהרן סי' ד'), וזאת לאחר שהג"ר שמואל סלאנט ז"ל שלח לו לעיין בשאלה זו ולפסוק לפי שיקול דעתו. כפי הנראה ממכתב ששלח הגרש"ס ז"ל להגאון רי"א ז"ל מקאוונא, כפי שיציין להלן, עולה שהגרש"ס ז"ל החזיק בדעתו גם לאחר שכבר נמסר הגט.

בשנ"ת תרמ"ב, כעבור שמנה שנים מהנידון הנ"ל, היו חילופי דברים בשאלה כזו בין הג"ר שמואל סלאנט ז"ל

על ככה להחמיר כל כך, וכנראה שחשש לספיקו של המל"מ בפ"ו מהלכות גירושין הט"ז אם שליח ראשון יכול לבטל שליח שני ע"ש. הלא מסתמא ראו עיניו הספר תורת גיטין שפשוט ספיקו מדברי הרמ"ה שנפסקו בשו"ע סי' קמ"א סעיף מה. וגם הלא הוא בעצמו מביא דברי מהר"ם פדוואה, דמשמע שיכול לבטל, וגם בדברי הט"ז שם מפורש דאפילו לא מת יכול לבטל, וגם בספר מכתב מאליהו אשר הוא הפוסק הגדול המקובל בדיני גיטין, והוא כותב סוף שער ז', שהדבר פשוט בעיניו שיכול לבטל, ולגבי דידי, לענ"ד, לא הייתי חושש כלל וכלל לספיקו של המל"מ נגד כל הני פוסקים דפשיטא להו. וידענו ביה כי הוא חרד ומחמיר מאד, אמנם הספק של המל"מ הוא אחר שגמר הראשון ומסר הגט לשני, משא"כ בנ"ד דהגט עדיין ביד הראשון, אין כאן ספק כלל, ודיבור מבטל דיבור".

הראשון לציון מהר"א אשכנזי ז"ל בתשובתו (בשו"ת מהר"א אשכנזי סי' ח' ובשו"ת כפי אהרן סי' ו'), וז"ל - "יום אחד נודמן אלי רא"ג מר שמואל דיינא יצ"ו והוא אמר לי שאראה ואעיין בלשון הרשב"א בחידושו לגיטין על דף כט: ד"ה, הא דאמר רבא' שמשם נראה לכאורה דפליג דהרמ"ה ז"ל. וכן עשיתי והילך לשונו ... ורב אשי נמי קאמר ואם מת ראשון בטלו כלם, דוקא שלוחין שבארץ ישראל קאמר, משום דסבירא ליה דכולהו מכח שליח ראשון קאתו, אבל בשלוחין שבחוץ לארץ לא, דלאו מכח שליח ראשון קאתו, אלא כל חד מינייהו מכח בית דין קאתו עכ"ל. ולפום ריהטא דבריו אינם מובנים, דכפי מאי דאסברא לן הרשב"א שם דבית דין כל מעשיהם לחקור ולדרוש, או שיאמר השליח בפ"נ ובפ"ג, וחזקה דבית דין עושים כתקנו ובפניהם נתקיים, או מפי שליח או מפי עדי קיום ע"ש. אם כן זה שאומר שליח בית דין אני הוא לשון מושאל לומר שעשו הדבר כתקנו, ולא שהם שלוחים מאתם ממש, ובכן אי אמר רב אשי מת ראשון וכו' יכול להיות בין בארץ ובין בחו"ל, ואי הבעל לא עשה אותן שלוחים מי עשה אותן שלוחים. ומכאן היה נראה כוונתו דס"ל דכח בית דין יפה כשהדבר נעשה בפניהם מריקים כל הכח של שליח הראשון לגמרי ונותנו לשליח השני וכן לשלישי ורביעי וכאילו גמר שליחותו, וזה דלא כרמ"ה".

ובהמשך דבריו, כתב מהר"א אשכנזי - "תו חזיתיה שעל פי מה שהבין בדברי הרשב"א הללו עמד ופרש בכוונת הירושלמי דפ"ג דגיטין גבי מתניתין דאומר שליח בית דין אני, דתמן אמרין צריך למסור כל שליחותו, ר' אבין בר כהנא אמר אין צריך למסור כל שליחותו מייתי לה וכו' מן הדא אין שליח אחרון צריך שיאמר בפ"נ ובפ"ג אלא אומר שליח בית דין אני, אמרי חזר בו ר' אבין מן הדא אין שליח אחרון". וכפי הנראה כוונת הגרש"ס לבאר דמכיון שצריך למסור כל שליחותו, נתרוקנה שליחותו לגמרי לשליח השני ואין לו עוד כח למסור את הגט בשליחות הבעל.

מהר"א אשכנזי שם הביא דרכים אחרות בביאור דברי הירושלמי ובכללם של בעל קרבן העדה ושדה יהושע ולא

השני לא כלתה שליחותו של הראשון, וכמו שמדויק מלשונו של יד המלך, כ"כ במהרש"ם ח"א סי' קלב (סוף ד"ה ובדבר חשש) ובשואל ומשיב מהדורה תליתאה ח"א סי' קפד בדברי הרב השואל, וכן בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ב סי' מה, האריך לבאר הסברא בחילוק אם הגיע גט ליד השני או לא עיי"ש.

וכן בתשובת חיי אריה (שם) כתב - "אף בספר יד המלך לא קאמר דנתבטלה השליחות של הראשון והיה כלא היה, רק אם כבר מסר הגט ליד השליח השני, משא"כ בני"ד שרק מגיוו היה מאת השליח הראשון שמינה את השני בפני הב"ד שסדרו הכתיבה, אבל עדיין לא מסר לו הגט ולא בא לידו, שנשלח מבית הדין של מסדרי הגט לבית הדין של נויארק, ולא ליד השליח השני, א"כ ודאי לא כלתה שליחותו של הראשון, דהא בשעת המיניו שהברירה ביד השליח השני שלא לקבל עליו את השליחות ולא היתה כאן התחלה של שליחות השני, ואיך נאמר דכבר כלתה השליחות של הראשון".

וכן בספר ציץ אליעזר חלק כ' סי' נג כתב בתוך דבריו - "הגם דכפי שמוכח בשם היד המלך דעתו דאין לשליח ראשון כח לבטל שליחותו של השני, אבל הוא מדגיש דהוא זה "משום דתיכף כשבא הגט מיד שליח ראשון ליד שליח שני כלתה שליחותו והיה כלא היה ואין לראשון עוד תורת שליחות כלל וכו'". ... מדברי היד המלך משמע דלא ס"ל בכזאת אלא היכא שכבר נמסר הג"פ לידי השליח שני כדמדגיש לכתוב בלשון "דתיכף כשבא הגט מיד שליח ראשון ליד שליח שני כלתה שליחותו", והנידון שלנו המדובר כשעדיין לא הגיע הג"פ ליד שליח שני, אלא היה מיניו לבד שהשליח ראשון ממנה במקומו השליח השני, והג"פ נשאר עדיין מושלש בידי הב"ד, וא"כ, בכה"ג גם היד המלך יודה דלא כלתה עדיין שליחותו של ראשון, ושפיר יכול לבטל עדיין שליחותו של השני. וכך ראיתי לאחר מיכן בשדי חמד מערכת גט סימן י"ט אות מ' שכותב נמי לדייק בכזאת עיי"ש"

אך החזו"א (שהובא לעיל) אינו סובר כן, דהא איירי בכה"ג שהגט לא הגיע לידו של השליח השני שעבר לדור בעיר אחרת, ואפ"ה כתב שלאחר שהראשון מינה את השני כלתה שליחותו של ראשון.

שאלת יכולתו של השליח הראשון לבטל את שליחותו של השני, והנ"מ לנ"ד

נחזור לדון בספקו של המשנה למלך. לעיל הובא ספקו של המשנה למלך בהלכות גירושין פ"ו הלכה טז אם שליח ראשון יכול לבטל את השליח השני. יש מקום לסברא, שספק זה של המשנה למלך אינו נוגע לנידון דידן, דאף אם אינו יכול לבטלו, עכ"פ אין הכרח שכלתה שליחותו, וכמו שנבאר להלן בהרחבה.

אך נקדים בהערה על דברי המהרש"ם ח"א סי' קלב. המהרש"ם כתב בלשון זו - "אבל על כל פנים אם יחזור

להג"ר יצחק אלחנן מקאוונא ז"ל, ולדעת הגרי"א ז"ל השליח הראשון יכול למסור את הגט לאשה. התשובה התפרסמה בספר תורת רבינו שמואל סלאנט ז"ל כרך ב' סי' פו.

ח"ל הגרי"א ז"ל - "אף לדברי הרשב"א בחי' לגיטין דף כט דהביא כת"ר שמחלק דהיכא שמינה הראשון לשני בפני בית דין, דבזה מודה רב אשי דבמת הראשון לא בטלו כולן, מ"מ אין הכרח מזה דיחלוק הרשב"א על הרמ"ה בזה, דהא לדינא נקטינן כמר בר רב אשי דבמת ראשון לא בטלו כלם בכל גונו, ואפ"ה פסקו הטור והרמ"ה והשו"ע דבמת השני יכול ליטול מיורשיו של השני כו', הרי דאף במת ראשון לא בטלו כולן משום דהוה שלוחין של הבעל, עכ"ז יכול הראשון לחזור ולהוליכו, משום דעדיין לא נגמר שליחותו של הראשון, וכמ"ש הטור שם בשם הרמ"ה והב"ש שם, לכן אין לנו להרבות במחלוקת חדשה ולומר דהרשב"א חולק על הרמ"ה בזה. ובלאו הכי אף דנימא דהרשב"א חולק על הרמ"ה בזה, עכ"ז הא כיון דהטור והשו"ע הביאו לדינא כרמ"ה ולא הביאו שום חולק אף בשם יש אומרים, ע"כ אין לנו לערער כלל על פסק השו"ע. וכן ראיתי ביש"ש לגיטין פ"ג דין יג דהביא ג"כ להלכה לדברי הטור בשם הרמ"ה הללו. וגם אין לחלק בין אם מת השני או שהוא חי וכמ"ש הט"ז להלכה, דאף אם השני חי יכול הראשון לקבל הגט ולהוליכו, משום דאין סברא לחלק ביניהם כלל".

בהמשך דבריו, הגרי"א ז"ל הוסיף להוכיח כדבריו, וסיים דבכל גונו שעדיין השליח הראשון לא מסר את הגט לשליח השני אין כלל מקום להסתפק בזה, ופשיטא שלא נגמרה שליחותו, ויכול מסור את הגט בעצמו לאשה, ולהלן נרחיב בנקודה זו.

בספר ציץ אליעזר חלק כ' סי' נג הביא את המו"מ שעבר בין הגרש"ס ז"ל לראש"ל צ"ג הג"ר אברהם אשכנזי ז"ל, ובסוף דבריו העלה כדלהלן - "לכתחילה יש לחזור שהשליח השני ימסור את הג"פ לידי האשה, או לחזור שהבעל בעצמו ימנה מחדש את השליח הראשון לשליח למסור את הג"פ לידי האשה. ורק אם יתברר שאין דרך אחרת, והאשה מתענגת, אזי יש מקום להסתמך על גדולי הפוסקים דס"ל דשפיר יכול השליח הראשון למסור עדיין את הג"פ לידי האשה.

והרי הגרש"ס ז"ל בעצמו העביר את ההכרעה בזה להגר"א אשכנזי, וכפי שהובאו בספרים שם, בספר כפי אהרן ובשו"ת מהר"א אשכנזי, נשאו ונתנו בזה הרבה בבירור ההלכה, ובסופו של דבר הסכימו ששליחות הראשון לא בטלו, ועשו מעשה. ושליח הראשון מסר הג"פ ליד האשה, וכפי שמסיים הכפי אהרן שם בזה"ל - ובכן עלתה הסכמתנו יחד עם מוה"ר ראש"ל יצ"ו, ומסר הגט ר' אלטר הנזכר להאשה הנזכרת ופטרנו אותה מכבלי עיגונה", עכ"ל הציץ אליעזר.

י"א שאם הגט עדיין ביד השליח הראשון לכו"ע יכול למסור לאשה

ומצינו עוד פוסקים שכתבו כסברא זו של הגרי"א, דאפילו לסברת יד המלך, כל עוד לא הגיע הגט לידו של השליח

אם השליח חי יוכל ליקחנו מן השני, היינו אם השני רוצה, אבל אם השני רוצה להוליכו אין הראשון יכול לעכב עליו ... כח השני הוא כמו כח הראשון דע"כ כח שליחותו מפני שהבעל מסכים על ידו שיהיה השני שליח להולכה, וא"כ הוה כאומר זה שתבררנו יהיה השליח ונעשה מכח הבעל ואין ביד השליח לבטל את אשר עשהו הבעל, אם לא שלקח הגט מידו דאמרינן שעדיין לא נגרע כח הראשון, שאין כוונת הבעל למעט כוח הראשון מאחר וכבר הסכים, עכ"ל הגט מקושר.

מבואר דאף אם נימא שהשליח הראשון אינו יכול לבטלו לשני, אין זה מפני שפקע כוחו של הראשון, אלא מפני שלא ניתן לו הכח לבטל שליח של הבעל. אך עכ"פ הראשון עומד בכל כוחו גם לאחר שכבר מינה את השליח השני.

העולה מדברינו, שנחלקו אחרונים האם השליח הראשון יכול לבטלו לשני, לדעת הט"ז ועוד הרבה פוסקים שהבאנו לעיל, הראשון יכול לבטלו. ולעומת זאת, המל"מ מסתפק בזה, ובספר גט מקושר פשיטא ליה שאינו יכול לבטלו. ובשו"ת עין יצחק השני סי' ג' (סק"א) כתב - "הכרעת האחרונים דשליח ראשון אינו יכול לבטל לשליח שני".

לפי המבואר יש להבחין שמצינו שתי סברות שונות בשיטת הפוסקים שנקטו דשליח הראשון אינו יכול לבטלו לשני. בספר יד המלך כתב הטעם מפני שכלתה שליחותו של ראשון. אך המל"מ (שהסתפק בזה) והגט מקושר שכתב בפשיטות דהראשון אינו יכול לבטלו, אין מפני שכלתה שליחותו של שני, אלא משום שהשליח השני מכח בעל קאתי.

ועל כן צ"ע מש"כ המהרש"ם בפשיטות לתלות שאלת כלתה שליחותו של ראשון בשאלת האפשרות של הראשון לבטל את השני, וצ"ע במסקנת דבריו שכתב שהסוברים שאינו יכול לבטלו ממילא יסברו שגם הראשון אינו יכול למנות שליח שלישי.

ואמנם בשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' קלא הביא את ספיקו של המל"מ וכן את הט"ז והב"ש הנוכחים לעיל, וכתב - "והנה להסוברים שאינו יכול לבטלו צ"ל דמ"מ יכול לעשות שליח אחר. כי הלא לא נתבטלה שליחותו, דאי נימא שנתבטל לגמרי, א"כ אף אם מת השני אין יכול לעשות אחר. וע"כ צ"ל דלכו"ע לא בטל ממנו כח שליחותו, ורק לדעתם אינו יכול לבטל שליחות השני משום דס"ל שהשני בא ג"כ מכח הבעל וכמ"ש המל"מ שם. ולפי"ז בני"ד יוכל לעשות שליח אחר ולפרש בדבריו שאינו מבטל את הראשון, וזה אתי שפיר לכל השיטות", עכ"ל.

דעת השואל ומשיב

בתשובת שואל ומשיב מהדורה תליתאה ח"א סי' קפד בתוך דבריו כתב - "שאני התם דהבעל חי ומצוה להשליח הראשון שיקח מיד השני, ואף אם לא ציוה, השליח הראשון במקום הבעל עומד ולא כלתה שליחותו".

שליח ראשון ויעשהו לזה או לאחר שליח אין חשש. ואף דהמל"מ ויד המלך חששו שמא נתבטל כח שליח ראשון כמ"ש הפת"ש סי' קמא ס"ק מב בשמם, כבר הביא בשם תורת גיטין שהשיג עליו ואני מצאתי במכתב מאליהו שער ז' סוף סי' כה שפסק בפשיטות דבידו לבטל שליחות של שני ולא פסק כוחו ע"ש וזהו כדעת התורת גיטין. וגם יפה כתב ר"מ דבנ"ד שעדיין לא בא הגט כלל ליד שליח שני יש לומר דגם הגט מקושר שהביא בפת"ש מודה דלא פסק כח שליח ראשון, עכ"ל.

דברי המהרש"ם צ"ע. דמהרש"ם כרך בחדא מחתא את דברי יד המלך עם ספקו של המל"מ, ולדעת המל"מ בצד הראשון של הספק וכן לדעת האחרונים הסוברים ששליח ראשון אינו יכול לבטל את השליח השני, ע"כ סבירא להו דכלתה שליחותו של ראשון. ומאחר והמהרש"ם ראה בפת"ש שהגט מקושר סובר שאינו יכול לבטל את השני, סבר שדעתו כשיטת יד המלך.

אך מעיון בדברי המל"מ והגט מקושר עולה דאף אם נימא ששליח ראשון אינו יכול לבטל את השליח השני, אין זה מפני שכלתה שליחותו של ראשון, אלא מפני שהשליח השני נידון כשלוחו של הבעל, והשליח הראשון אינו יכול לבטלו, כשם שאינו יכול לבטל שליח אחר שהתמנה על ידי הבעל.

המל"מ נקט בלשון זו - "נסתפקתי אם שליח ראשון מבטל שליח שני, מי אמרינן נהי דיש לו כח למנות שליח מ"מ כולוהו מכח בעל קא אתו ואין לו כח לבטל השליחות", עכ"ל. מפורש בדברי המל"מ דלפי אותו צד בספק שאינו יכול לבטלו, אין זה מפני שכלתה שליחותו של ראשון, אלא משום שהשני מכח בעל קאתי, והוא כעת בכוחו כשליח הבעל ולא כשלוחו של השליח הראשון.

הדברים מבוארים היטב בספר גט מקושר (שהוזכר בפת"ש ס"ק מב). הגט מקושר (ס"ג שלישי אות כה) בתחילת דבריו באר, כשם שהבעל יכול מיד בתחילה למנות כמה שלוחים ולכל אחד יש דין שליח אף שלבסוף רק אחד ימסור את הגט לאשה, ואין אומרים דתליא בדין ברירה מאחר דמתחילה חל המינוי של כולם ואין שליחות אחד מגרעת שליחותו של חברו. והוסיף הגט מקושר - "גם שליח שעושה שליח על פי מה שנותן לו הבעל רשות, ע"כ מכח בעל קאתי, וא"כ הוה כאילו אמר הבעל איזה שתבחר אתה יהיה שליח, והיינו כשירצה להיות שהרי אין בידו לכופו ... וכולוהו מכח בעל אתו ולכן שפיר במה שמוסרו לשני מ"מ לא נתבטל שליחות הראשון ולכן שפיר יכול ליטלו מיורשי שני. וכן מה שנסתפק הרב משנה למלך אם השליח הראשון יכול לבטל השליח השני, ולפמ"ש נראה ברור שאין יכול לבטלו, שהרי ע"כ ביד השליח שני שמסתמא הבעל מסכים שיהיה זה שליח להולכה, וא"כ כיון שהבעל כבר הסכים על ידי זה שיהיה שליח, אף שלא יקפיד אם השליח הראשון יוליך לה גט, מ"מ אין יכול לבטל שליחות השני. וכן מ"ש בט"ז שאף

השני שעשה ... מכ"ש בלא מטא עדיין ליד השליח השני, בודאי עדיין כוחו של השליח הראשון עליו".

ומסקנתו - שאין לחוש במינוי שליח שני אחר, אך לרווחא דמלתא, הרב שבמקומו של השליח השני יקנה לשליח הראשון את הכלי שבו נמצא הגט.

ובשו"ת עורת כהן כתב בסימן פ' - "עומד לנגדינו מה שהוא נשלח למסור ליד שליח שבין כה וכה ליתוהי וחיים לרבנן ולכל ישראל שבק, ויהיה הכרח שימנה שליח ראשון שליח שני אחר במקומו, שע"ז אין שום פקפוק, שהרי לא עשה שליח שני שליחותו. אלא שלפי זה יהיה יותר נכון שישולח הג"פ עוד הפעם ליד שליח ראשון, כדי שיהיה יכול לומר בפ"נ ובפ"נ בעת מינוי השליחות בזמן שהגט בידו, אלא דנראין הדברים שאין זה כי אם לשופרא דמילתא, אבל מהדין בכל שליחות שלא בפניו עיקר הסמיכה היא על כתב ההרשאה. שהרי איך שיהיה אין אמירת בפ"נ ובפ"נ בתכ"ד של הנתונה ליד שליח שני, ואם נאמר שמינויו של שליח שני חשיב כנתונה לידו, י"ל דה"ה במינוי שלא בפניו, כשהגט אינו בידו, אלא שאומר את סימניו המובהקים, ביחד עם שמות הבעל והאשה".

מבואר בדבריו שלא חש לסברת השואל ומשיב, אלא רק כתב שראוי לכתחילה שיהיה הגט ביד השליח הראשון בעת מינוי השליח השני בעת שאומר בפני נכתב ובפני נחתם. וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"א סי' מו, ובתשובה נוספת בח"ט סי' קלח.

ובשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ג' סימן לח כתב וז"ל - "בדבר שליח שני שהיה טעות שמינה הידוע לב"ד דפ"ת ואינו יודע להם, יכול שליח ראשון לעשות שליח שני זה שכותבין הב"ד משם עתה, ואף שאין הגט ביד השליח הראשון יכול לעשות בלשון זה אני השליח על הגט דבעל פלוני כמפורש בהרשאה ונמצא עתה אצל הב"ד דפ"ת אני ממנה לשליח את פלוני כפי שכותבין הב"ד דפ"ת".

מבואר דהאג"מ לא חשש כלל שמא הועיל המינוי של השליח השני בתחילה, והוא עדיין שליח הראוי לתת גט, (אלא שאינו יודע לביה"ד בפ"ת מי הוא), ושהראשון לא יוכל למנות שליח אחר כשליח שני. וכן סבר האג"מ שאין ריעותא שהשליח הראשון ימנה את השליח השני למרות שהגט אינו בידו בעת המינוי.

בתשובה אחרת כתב האג"מ (חלק אה"ע ח"ד סימן קט) בנידון מי שמינה שליח שני ואחר התברר שהוא חזן בבית כנסת של קונטרסיוויים ומחלל שבת, ואין ראוי למנותו כשליח שני. וכתב האג"מ שם - "יש להורות ששליח הראשון יעשה שליח שני אחר בפני הב"ד, ויכתבו הרשאה אחרת ויחתמו הב"ד. ואף שנשבע שליח הראשון שלא יבטל את השליח השני שהוא החזן שעשאו, אינו כלום מאחר שאנחנו אין מקבלין אותו, אך מ"מ טוב שתתירו לו השבועה בב"ד של ג' ואין לך פתח גדול מזה שאילו היה יודע שלא ירצו הב"ד דנא יארק בהחזן לשליח לא היה עושהו. ואח"כ ימנה

הרי שכתב בפשיטות שלא כלתה שליחותו של הראשון, ולאפוקי מדברי הרב השואל שם שהביא את סברת ספר יד המלך, עיי"ש.

אלא שהשואל ומשיב כתב שאם הגט אינו בידו של השליח הראשון יש לחוש שלא יוכל למנות שליח שלישי, דמילי דלא מימסרן לשליח, כיון שהשליח הראשון אינו מחזיק בידו את הגט בעת שממנה שליח, רק אומר לו שאותו גט ששלח לשליח פלוני ינתן לידו, הרי שביחס לשליח הראשון השליחות כעת היא מילי אם שהגט אינו בידו רק אומר בפיו את מינוי השליחות, ומילי לא מימסרן לשליח.

לפי זה בנידון שבפנינו, גם לסברת השו"מ אין לחוש, מפני שהגט עדיין לא נשלח, והשליח הראשון מחזיק בידו את הגט.

ובעיקר דברי השו"מ, בשו"ת תשורת שי ח"א סי' צד וכן בסי' רפט תמה, וז"ל - "משום מילי לא מימסרי אין חשש. דדוקא אם הבעל מוסר מילי, כגון אמר כתוב גט אינו יכול לחזור ולמוסרו לאחר לכתוב, אבל כאן דהבעל מסר הגט ליד שליח ראשון ונעשה כמותו, אם כן כמו דהבעל יכול לעשות שליח אחד במילי כן שליח ראשון יכול לעשות שליח אחד לבד במילי". (ועיי"ש עוד בתשורת שי שדחה מה שכתב השו"מ לחוש משום טלי גיטך מע"ג קרקע).

וראיתי בספר שו"ת הרי בשמים (להגרא"ל הורוויץ ז"ל) מהדורה חמישאה סי' ו' שנשאל בשליח ראשון שמינה שליח שני וכשהגט הגיע למקומו של השליח השני התברר שהשליח השני שחל"ח, אך חששו לשלוח מחדש את הגט למקומו של השליח הראשון שמא יאבד בדרך, ונשאל הרב הרי בשמים האם השליח הראשון יכול למנות שליח שני אחר, ואם יוכל למנות שליח אחר כשהגט אינו בידו, דהיינו האם יש לחוש לסברת השו"מ שיחשב כמילי.

מסקנת הרב הרי בשמים שאין לחוש והשליח הראשון יכול למנות שליח שני אחר גם כשהגט אינו בידו. ובתוך דבריו כתב שאין לחוש למילי, "כיון דיכתוב עתה בבית דין שטר ההרשאה על שם השליח השני החדש, שוב לא הוי מילי, כמו שמתבאר מדברי התוס' ב"ב עז. ובאס"ז שם לענין הא דאיתא התם דבשטר ל"מ כתיבה לבד בלא מסירה משום דשטר הוי מילי, ומילי במילי לא מיקנין, וכתבו דלהכי הוי השטר מילי משום דלא נכתב השטר על שמו רק על שם המלוה, אבל כשכותב שטר בשמו על השעבוד אין לך מעשה גדול מזה ע"ש. א"כ ה"ה בשטר שליחות כשכותבין שטר ההרשאה בבית דין על שם השליח השני אין לך מעשה גדול מזה, גם כשאינו מוסר לו הגט עתה, דהרי מעשה בית דין בידו".

טעם נוסף להתיר מינוי שליח שני חדש כתב בתשובת הרי בשמים - "לבר מן דין, הרי בנ"ד לא בא מעולם הגט ליד השליח השני שמת, א"כ עדיין הוא ברשותו של הראשון ולא פסק כוחו ממנו. ויותר מזה כתב בספר תורת גיטין להשיג על המל"מ שמסופק אם השליח הראשון יכול לבטל את השליח

במכתב הראשון, מאחר שמאותו אדם שנרשם בתחילה כשליח שני נבצר למלא תפקיד זה, ואדם אחר התבקש למלא שליחות זו. בכה"ג שבעת מינוי שליח שני, השליח השני ממאן למלא שליחותו, לא ניתן למנותו כשליח, ואין אדם נעשה שליח בעל כורחו. ואם אכן כך אירע, אם לאחר שיתברר לו שמינוהו הוא יחזור בו ויאזר את המינוי, יש לחוש שלא יועיל, מאחר שבדאורייתא אין ברירה. עיין בב"ש סי' קמ"א ס"ק ס"א שכתב בשם הרשב"א שאם אשה עשתה כמה שלוחים לקבלת הגט, "אם אמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו לו יהא שלוחי לקבלה, אפשר שנאמר בזה אין ברירה".

אמנם הנודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סי' צ"א, הביאו הפת"ש בסי' קמ"ב) כתב להדיא דלא כהרשב"א, ולדעתו אין מקום לדין ברירה אלא אם בהכרח שיורר הדבר למפרע, משא"כ בנדון שליח לקבלה של האשה, המינוי נגמר בעת שהבעל התרצה לתת לאותו שליח ואין צורך ששליחותו תחול למפרע, ובכה"ג אין לחוש מצד דין ברירה, וה"ה בנ"ד ביחס לשליח השני.

ועי"ש בפת"ש שבספר תשובה מאהבה העיר על הנודע ביהודה מדברי הרשב"א, ועי"ש מש"כ הפת"ש בשם הישועות יעקב.

ועיין בקצות החשן סי' ס"א סק"ג שהעלה שאמנם אילו האשה מינתה עשרה שלוחים שכל אחד מהם יוכל לקבל גיטה, מהני. אבל אם תלתה את המינוי ברצון בעלה לא מהני, גם אם בגמר הענין הוברר למי בעלה רוצה לתת את הגט.

וכפי הנראה הביאור בדעת קצות החשן הוא דס"ל בדעת הרשב"א שבשליחות נחוץ שיורר הדבר בעת מינוי השליחות ולא אחר כך, וכ"כ בספר דברי חיים על הלכות קדושין סי' לג והלכות גיטין סי' ל'.

הראיה שהביא הנודע ביהודה לשיטתו מסי' קכ"ח, לכאורה אינה ראייה, דהתם בעת אמירת הבעל הועיל המינוי לכולם.

וע"ע בתשובת מהרש"ם ח"ז סי' לג שכתב לחוש שלא לסדר גט במקרה שמינו את השליח השני בטרם שהשני ידע על כך ומחשש ברירה. והורה להחזיר את הגט לשליח הראשון כדי שימנה את השני פעם נוספת לאחר שהתרצה להיות שליח שני.

ועיין בשדי חמד (כרך ז') מערכת גט סי' יט אות ו' בסוף ס"ק יח שהביא משו"ת תפארת יוסף סי' כד שעל השליח השני להודיע על הסכמתו להתמנות בטרם ימנהו כשליח שני.

טעם נוסף שאין לשלוח את הגט על ידי השליח השני שהתמנה בתחילה, הוא לשיטת הרמ"ה שהובא בטור סי' קמ"א. וז"ל הרמ"ה - "עשה הבעל שני שלוחים להולכה זה אחר זה, בטל שליחות הראשון בעשיית השני, אם לא שגילו דעתם כשעשו השני שעדיין חפצים בראשון". ועי"ש בטור שהרא"ש חולק על הרמ"ה, ובדרכי משה ציין למדרכי

את השליח השני. ואף שהגט מונח אצלנו ולא ביד השליח, יכול למנותו ולומר שהוא ממנה אחר תחתיו לשליח להוליך הגט שיש לו סימנים אלו המונח בנוא יארק להאשה פ"פ וליתן אותו לידה וכו' וכן לכתוב בהרשאה. ובמקום וגט זה בפ"נ יאמר וגט ההוא בפ"נ. ובעצם א"צ שיאמר עוד הפעם בפ"נ ובפ"נ כיון שכבר אמר לפני הבי"ד ומה שנפסל השליח אין שייך זה לאמירה דבפ"נ ובפ"נ".

אך יש להעיר שבשתי תשובות אלו של האג"מ יש מקום לדון שהמינוי הראשון של השליח השני בטל מפני שהיה מינוי בטעות, שאילו השליח הראשון היה יודע שהוא ממנה אדם שאינו מוכר לביה"ד המסדר את הגט, או שממנה את מי אינו מקובל עליהם ככשר לשליחות הגט, הרי שמעיקרא לא היה ממנה אותו. שהרי לפי המקובל כיום בגט שליחות, השליח הראשון אינו בוחר את שליח השני מדעת עצמו, אלא השליח השני נקבע בהתאם להוראות ביה"ד המסדר את הגט. ואומדנא דמוכח היא שאילו ידע שביה"ד אינו מסכים לסדר גט ע"י שליח שני כזה או שהוא אינו מוכר וידוע להם, ללא ספק שהראשון מלכתחילה לא היה ממנה אדם זה, ועיין בחזו"א סי' קב סק"ד שכתב סברא כזו של ביטול מינוי השליחות מחמת טעות במינוי השליח. משא"כ אם ביה"ד המסדר את הגט הודיע על שני אנשים הראויים לשמש כשליח שני שלהם, בכה"ג אם מינה את הראשון, שמא לא יוכל למנות את השני. אך מפשטות דבריו של האג"מ נראה שלא נחית להאי טעמא דמינוי בטעות, אלא פשיטא ליה שיוכל למנות שליח שני אחר.

העולה מדברינו – בנידון דנן, השליח הראשון יכול למנות אדם אחר שיחשב "שליח שני" במקום ה"שליח השני" הקודם, ואין לחוש שכלתה שליחותו של ראשון. ואף אליבא דשיטת יד המלך, כתבו כמה אחרונים שכל עוד לא הגיע הגט ליד השני לא כלתה שליחותו של ראשון. ועומדים כנגדנו רק דברי החזו"א, שצייד שכל עוד השליח השני קיים ויכול למסור את הגט, שליח ראשון עשה שליחותו ואינו יכול לחזור ולמסור את הגט או למנות שליח אחר. אך לפי המבואר לעיל רבו החולקים על סברא זו, ומפשטות לשון הרמ"ה נראה כסברת הט"ז, על כן יש להורות בנידון שלפנינו שהשליח הראשון יחזור וימנה שליח שני אחר, ואין להורות לשליח השני (שהתמנה בתחילה) שימנה גם הוא את השלישי, דיש לחוש שעל ידי כך הדבר יבוא לידי עיכוב רב.

ולכתחילה ימנה אותו כשהגט עדיין בידו, אך אם אי אפשר, יוכל למנותו גם לאחר שכבר נשלח הגט. ולעניין אמירת "בפני נכתב ובפני נחתם", יוכל לאומרו אף כשאינו בידו, ולדעת האג"מ מדינא אינו צריך לאומרו פעם שניה, לאחר שכבר אמר כן בבית הדין בעת המינוי הראשון.

ומה שכתבנו שאין מקום להורות לשליח השני שהתמנה בתחילה שימסור את הגט לאשה, יש בזה טעם נוסף.

כפי הנראה, הרב המסדר במקומה של האשה במכתבו השני כתב שם אחר של שליח שני, בשונה מהרשום

מסקנת הדברים – במקרה שבפנינו השליח השלישי יכול למסור את הגט לאשה, וכן הוא לדעת רוב הפוסקים, ק"ו בנדון דנן שהגט הוא רק כדי לצאת ידי ספק.

בשם תשובת רש"י שפסק דלא כסברת הרמ"ה, וכן פסק בשו"ע. עכ"פ לאחר שמינו את השלישי אין מקום לשני למסור את הגט אא"כ הראשון אמר בפירוש שאינו מבטלו לשני.

סימן פו

האם יש חשש בכשרות הגט כשהבעל הוטעה בהסכם הגירושין

טבת תשנ"ד

הגדול מהמחוייב בהסכם, ולא ניתן לגבות חזרה מהאשה את ההפרש.

או במקרה שהאשה התחייבה במסגרת הסכם גירושין שלא להוציא את הילדים מהארץ ללא הסכמת אביהם, וכן נקבע הסדר לביקורי הילדים אצל האב, ולבסוף האשה נטלה את הילדים ועזבה את הארץ ללא הסכמת אבי הילדים, והרחיקה אותם ממנו.

במקרים אלו, אי העמידה בהסכם ארע לאחר מתן הגט. ב. מאידך, קיימים מקרים שהבעל הוטעה עוד בטרם סידור הגט, כלומר הטעו אותו בעת חתימת ההסכם או בעת ביצוע אותו חלק בהסכם האמור להתבצע עד מתן הגט. כגון במקרה שסוכם שהאשה תפקיד סכום כסף אצל שלישי, והבעל היה אמור לקבל את הכסף לאחר מתן הגט, ואח"כ התברר שהאשה הפקידה צ'ק ללא כיסוי ולא ניתן לגבותו, או שהתחייבה להפקיד חפצים מסוימים והפקידה פחות מהמסוכם או חפצים מקולקלים וכדומה, וקיימת אומדנא ברורה שאילו ידע האמת לא היה נותן את הגט.

כמו כן קיים מקרה שעליו נדון בסיום המאמר, מקרה שיש לדון האם הוא שייך לסוג המקרים הראשון או לשני. כגון במקרה שהזוג חתם על הסכם הגירושין בבית הדין ובקש לאשרו ושינתן להסכם תוקף של פסק דין כמקובל, אך מכיון שהבעל אינו מצוי בכללי המשפט הנוהגים בארץ, הטעו אותו לחשוב שחתימה על ההסכם כפי שנחתם בבית הדין, מבטיחה אותו מכל תביעה להגדלת מזונות בערכאה אחרת, והבעל לא ידע שעריכת הסכם במתכונת זו אינה מונעת מהאשה לחזור ולתבוע מזונות בשם הילדים בבית המשפט.

בנידון כעין זה יש לדון, האם לאחר שנוכחנו שהבעל מעכב את מתן הגט עד שיערך הסכם שיבטיח את הדברים שהוא עומד עליהם, ולבסוף הבעל הוטעה ע"י גורם כלשהוא לחשוב שההסכם עליו חתם הוא הסכם מושלם מבחינתו ושהוא מובטח מתביעה נוספת להגדלת המזונות בבית המשפט, האם במקרה זה מתעוררת שאלה על כשרות הגט, או שמא י"ל איהו אפסיד אנפשיה שלא ברר את המצב החוקי בארץ.

המאמר שלפנינו מחולק לשלשה פרקים, ובהם נדון בשלושת השאלות הללו.

הצגת הנושא והשאלות העומדות לבירור

מקובל בבתי הדין, בדרך כלל הגט מסודר לאחר שנחתם הסכם גירושין על ידי שני בני הזוג. סדר זה יסודו בהלכה בשו"ע. בסדר הגט (שו"ע אה"ע סוף סי' קנו) בסעיף פא כתב הרמ"א, שענין תשלום הכתובה או מחילתה יסודר עוד לפני סידור הגט. וז"ל הרמ"א בשם מהר"י מינץ - "וישאל הרב אחר הכתובה ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבואו אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". וכן כתב בסדר הגט למוהר"ם ר' יוזפש (שנדפס בחלקת מחוקק) בסי' ריח. ובסי' ריט כתב שלא רק נושא הכתובה צריך להיות מוסדר, אלא גם שאר הנושאים הקשורים לגירושין, וז"ל - "יזהירם הרב שלא יהיו קשורים ביחד בשום דבר, אך אם יש איזה חילוקים ביניהם יתקשרו אוהביהם או קרוביהם על ככה". דהיינו יש כאן הוראה להסדיר את הסכם הגירושין עוד בטרם סידור הגט, והטעם כדי שהבעל לא יטען אחר מתן הגט שאילו היה יודע שהאשה תתבע כתובה או תביעה אחרת לא היה מגרשה. (אמנם עיין בשו"ת חתם סופר חח"מ (השמטות) סי' ר', שנראה מדבריו שכוונת סדר הגט היא שקודם סידור הגט אוהביהם או קרוביהם יתקשרו, אף שקודם לגירושין עדיין לא הגיעו לסיום הבירור, ולסיכום הנושאים העומדים לדיון).

יש לדון במקרה שנערך הסכם הגירושין וסודר הגט, ולאחר מכן אירע שעלתה טענה מצד הבעל, שבעת מתן הגט לא ידע אודות דבר מסוים, ואילו ידע לא היה נותן את הגט. הדיון בשאלה זו מתחלק לשתי אפשרויות.

א. קיימים מקרים שלאחר מתן הגט האשה לא עמדה בהתחייבותה. כגון שבטרם סודר הגט נערך הסכם ממון בין הבעל והאשה, ובעת עריכת ההסכם הבעל נתן בה אמון שתכבד את ההסכם, ואח"כ האשה לא עמדה בהסכם, ולא ניתן להוציא לפועל את ההתחייבות ולכופה על קיום ההסכם. כגון הסכם גירושין שנקבעו בו דמי מזונות עבור הילדים שנשארו ברשות האשה, והאשה התחייבה להמנע מתביעה להגדלת מזונות בבית המשפט, ולבסוף לא עמדה בהתחייבות ותבעה הגדלת מזונות, והבעל חוייב בסכום

פרק א

נפתח בסוגיא במסכת גיטין בפרק השולח, שהיא הסוגיא העיקרית לליבון השאלות שלפנינו.

מחלוקת הראשונים במסכת גיטין דף מו.

שנינו במסכת גיטין דף מה: "המוציא את אשתו משום שם רע לא יחזיר, משום נדר לא יחזיר". ובגמרא - "אמר רב נחמן והוא שאמר לה משום שם רע אני מוציאך, משום נדר אני מוציאך, קסבר טעמא מאי משום קלקולא אי אמר לה הכי מצי מקלקל לה ואי לא, לא מצי מקלקל לה". ומצינו שני פירושים בראשונים מהו הקלקול שיכול לקלקלה. האם בקלקול גמור עסקינן שיכול לטעון שהגט בטל, או רק קיים חשש שהבעל יכול להוציא לעז על הגט.

בתוספות דף מו. (ד"ה אי) מבואר שאין מקום לחוש לביטול הגט, מפני שהגט לא ניתן בתנאי שהשם רע אמיתי או שהנדר אין לו הפרה, והבעל לא אמר בפירוש שנותן את הגט על תנאי. אלא החשש הוא שהבעל יוציא לעז, ויאמר שהגט ניתן בתנאי שהשם רע אמיתי ושהנדר אין לו הפרה.

וכ"כ התוספות במסכת כתובות דף עד: (ד"ה משום), וכן דעת הרשב"א והר"ן בסוגיא בגיטין, ובחי' הריטב"א (הוצאת מוסד הרב קוק).

ועיין בשו"ת חת"ס חחו"מ (השמטות) סי' ר' שהביא את סדר גט סי' רי"ח וסי' רי"ט (שהזכרנו לעיל בתחילת דברינו) שאם יש חילוקים בין הבעל והאשה ימסרו העניין לאוהביהם או לקרוביהם שיתקשרו בענין זה. והקשה החת"ס מה יועיל הקישור עתה, מאחר ועדיין בעת מסירת הגט הבעל עדיין אינו יודע מה היא תוצאת הקישור, אם יקבל פחות מכפי שסבור שצריך לקבל, יש לחוש שיטען דאדעתא דהכי לא גרשה. ובאר החתם סופר שסבירא להו להפוסקים כיון שהבעל לא התנה בפירוש לקשור את חלות הגט בעניין אחר, אין לחוש לביטולו, ולכל היותר יצא לעז בעלמא, והיינו עפ"י שיטת התוספות. ומבואר דהחת"ס נקט בפשיטות כי הפוסקים בסדר הגט נקטו למעשה כשיטת התוספות.

לעומת זאת, יש מהראשונים הסוברים דמכיון שהבעל גילה דעתו לפני הגט שהוא נותן את הגט רק עקב השם הרע או שהיא אשה נדרנית, הרי שיש לנו אומדנא דמוכח שהגט ניתן בתנאי, ואין צורך שהתנאי יאמר במפורש. כך שיטת הרמב"ן (בחי' הרמב"ן בסוגיא בגיטין), התוספות רי"ד וחי' רבנו קרשקש (הוצאת מוסד הרב קוק, שהם חי' הריטב"א במהדורות הישנות). וי"א שזו דעת רש"י (עיין בקרני ראם על המהרש"א בסוגיא). וכן דעת חידושי הר"ן, ובדבריו מצינו ביאור בשיטה זו. וז"ל חי' הר"ן - "י"ל דכי בעינן תנאי גמור ה"מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בני גד ובני ראובן, אבל מגרש על דעת מה שעבר, בגילוי דעת בלחוד מיפסיל, אלא דכיון דלית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן בעי כפילה". וכן מבואר סברא זו בחי' הרמב"ן.

ומצאתי שכן דעת הרמב"ם בתשובה (שו"ת הרמב"ם סי' שט), וז"ל - "תשובת שאלה על ענין [מוציא] משום שם רע לא יחזיר משום קלקולא וכו', והקשיתם איך יכול לקלקל משהגיע גט לידה, והלא אפילו בא הבעל וערער אינו כלום. זה שאין ערעור הבעל מועיל הוא שאומר לא גרשתי, וגט מזוייף הוא אין שומעין לו. אבל המגרש את אשתו משום שם רע ולאחר שגירשה נתברר שהיא כשירה וצנועה, הדברים מוכיחין שאילו היה יודע שהיא כשירה לא היה מגרשה, ואם יאמר אילו הייתי יודע לא הייתי מגרש, בטל גט, דאיגלווי מילתא בעלמא יפסל הגט, כדאמרין אי מודעא דגט ודמתנה גלווי מילתא בעלמא הוא, כלומר משנודע לנו דעתו של מגרש שלא גמר וגירש אינה מגורשת. ולפי שאפשר לקלקלה, התקינו שיהו אומרים לזה שמוציא משום שם רע שאין אתה יכול להחזירה לעולם, כדי שיגמור ויגרש ולא יתלה הגרושין, ולא יהיה יכול לומר אילו הייתי יודע לא הייתי מגרש, שהרי אומרים לו אם תרצה לא תגרש, ואם תגרש משום שם רע אין אתה יכול להחזיר. משה בר' מימון זצ"ל".

ביאור שיטת התוספות

נבאר בעז"ה את השיטה הראשונה, שיטת התוספות וסייעתם.

וז"ל התוספות - "נראה דחששא זו אינה כי אם לעז בעלמא ולא שיהיה ממש גט בטל ובניה ממזרים, דהא לא אמר על מנת. דאע"ג דבכמה דוכתי מהני גילוי דעת כמו שטר מברחת דהאשה שנפלו וזבין ולא איצטריכו ליה זוזי דפרק אלמנה ניוזנת, הכא ליכא למימר הכי, מדבעי לרבי מאיר תנאי כפול. לכך נראה דלא אתי אלא ללעז בעלמא שיוציא עליה לעז כדי להחזירה".

דברי התוספות טעונים ביאור, מאי שנא הכא משאר דוכתי שבהם מהני גילוי דעת. התוספות בדבריהם רק הוכיחו שכאן הגט אינו בטל מכיון שלא התנה תנאי בגירושין עצמן, אך התוספות אינן מבארים מדוע הגילוי דעת שהבעל גילה לפני הגירושין לא יחשב כתנאי, כשם שמצינו בכמה סוגיות בש"ס דאזלינן בתר אומדנא.

יש לברר האם החילוק בין סוגיא זו לסוגיות שהתוס' הזכירו הוא חילוק עקרוני בין ממון לגט, או רק חילוק בחוץ האומדנא.

בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' עח ובשו"ת מהרש"ל סי' כה כתבו בדעת התוספות שיש חילוק עקרוני בין ממון לאיסור. הסוגיות שהזכירו התוספות מוכיחות דגילוי דעתא בממון מילתא, אך בגט בעינן תנאי מפורש בשעת מתן הגט. המהר"ם אלשיך הסתייע מלשון המגיד משנה. המגיד משנה (בהלכות אישות פ"ו הי"ד) כתב - "דע שלדעת רבינו והגאונים הראשונים יותר מועיל בדיני ממון גילוי דעתא או אומדנא דמוכח, מתנאי שלא נעשה כתיקונו, וכ"כ התוספות וזה מוכרח מכמה דינים שנתבארו בדברי רבינו" עכ"ל המ"מ.

ובאר הסמ"ע את דבריהם - "דשאני מתנה, דאנו סהדי דאין אדם נותן כל אשר לו ויחזור על הפתחים, לכך אמרינן דעתו שלא ציוה ליתן אלא כשימות. משא"כ בגט שנותן סתם, ואינו מוכח כל כך דאדעתא שימות נותן הגט, ומשום הכי אף שאומר כן קודם כתיבת הגט שאדעתא דהכי נותן, מ"מ כיון שליכא אומדן דעת ולא חזר ואמר כן בשעת נתינתו והוי דברים שבלב ... לפי מש"כ בשם מהרש"ל אתי שפיר בלא"ה, והוא דמתנה שהוא ממון הולכין בו בתר אומדנא, והאומדנא הוא שאינו נותן כל אשר לו לאחרים כי אם אדעתיה שימות, משא"כ בגט דאין הולכין בו בתר אומדנא כלל".

לפי דברי הסמ"ע, רק בממון האומדנא היא כה חזקה, שלא ישאיר עצמו בלא כלום ויתן ממונו לאחרים. משא"כ בגירושין, יתכן שיתן את הגט בלא לתלותו בדבר אחר, ומעיקרא אין אומדנא חזקה כפי שקיימת בממון.

העולה מדברינו, לשיטת מהר"ם אלשיך ומהרש"ל המבוססת על דעת התוספות וסייעתם, אין להתחשב בגילוי דעת או באומדנא, אלא רק בתנאי מפורש שנאמר בעת מתן הגט. והבאנו את ביאור הסמ"ע, וכן את מש"כ העין יצחק עפ"י על סברת הר"ן בנדריים.

לפי האמור, אין לחוש לכשרות הגט במקרה שלאחר מתן הגט האשה לא מלאה אחר התחייבויותיה שבהסכם הגירושין, מכיון שהגט ניתן בסתמא וללא כל תנאי.

לעומת זאת, כמה אחרונים שנקטו דרך אחרת בביאור שיטת התוספות. המחנה אפרים בהלכות גירושין (פ"ט הלכה לה) דחה את פירושו של מהר"ם אלשיך בדברי התוספות, וכתב שבתוספות לא נאמר שיש חילוק עקרוני בין גט לממון, אלא התוספות כתבו שבנידון הסוגיא דהמוציא את אשתו משום שם רע או משום נדר אין אומדנא דמוכח שאכן רק מפני השם רע או הנדר מוציאה, ויתכן שמפני עילה אחרת מגרשה, והתוספות הוכיחו כן מדבעי רבי מאיר תנאי כפול. ואה"נ אם תהיה אומדנא דמוכח שמשום כך מגרשה הוי כתנאי בגירושין. וכן כתב בספר שער המלך הלכות אישות פ"ו.

בספר עונג יו"ט סי' קנד נקט בשיטת התוספות כמחנה אפרים ושער המלך דגילוי דעת ואומדנא דמוכח בגט הוי כתנאי. אך העונג יו"ט פרש אחרת את דברי התוספות. העונג יו"ט לא קבל את פרושו של המחנה אפרים שבמוציא את אשתו משום שם רע אין אומדנא דמוכח שהגירושין הם רק משום השם רע ויתכן שעילה אחרת מצא בה, וז"ל העונג יו"ט - "כוונתם דאף דגילוי דעת מבטל את הגט, מ"מ הכא ליכא גילוי דעת כלל, דאפשר לומר דכיון דיש עליה שם רע מאוסה עליו ורוצה לגרשה אף אם הדברים בדאים, וכן בנדרנית אינו רוצה באשה נדרנית אף שיש היתר לנדרה".

ויש להעיר שנעלמו מהאחרונים דברי תוספות הרא"ש. בתוספות הרא"ש עמ"ס כתובות דף עד: (ד"ה משום, מובא בשיטה מקובצת עמ"ס כתובות דף עד:) מפורש כמהר"ם אלשיך ומהרש"ל שקיים חילוק עקרוני בין ממון לגט. וז"ל

אך יש לציין שהסברא לחלק בין גט לממון לא התבארה בדברי התוס' והמגיד משנה.

שיטת המהרש"ל נמצאת בתשובה (סי' כה) בה דן המהרש"ל בעובדא שהבעל היה מעגן האשה וכופה אותה עד שתתפשר עמו בריצוי כסף תמורת הגט, ולבסוף לאחר שנתן את הגט, האשה לא עמדה בהתחייבות. המהרש"ל העלה דמכיון שהבעל לא נתן הגט בתנאי מפורש, ואדרבה ביטל כל התנאים כפי שנהוג בסדר הגט, אין הגט בטל אף שיש אומדנא דמוכח שאדעתא דהכי לא גרש, ובזה יש חילוק בין ממון לגיטין וקידושין דבממון אזלינן בתר אומדנא דמוכח משא"כ בגיטין וקידושין. מהרש"ל מוכיח את דבריו מהסוגיא במסכת גיטין בפרק השולח דף מו: גבי המוציא את אשתו משום איילונית דחכמים אומרים יחזיר ולא חיישי לקילקולא ומבואר בגמרא דחכמים היינו רבי מאיר דבעי תנאי כפול והכא במאי עסקינן בדלא כפליה לתנאיה. הרי אף שאמר דמשום כך מגרשה, כיון שלא כפל תנאו, הגט אינו על תנאי.

וז"ל המהרש"ל - "והא הכא דאית לן גילוי דעת גלוי מלתא ואומדנא גדולה מזו וסימני איילונית מוכיחים עליה אפילו הכי בעינן תנאי כפול, אלמא דאין שום תנאי מבטל המעשה של הגט אם לא בתנאי כפול".

וכן דעת הסמ"ע כפי שהובאה תשובתו בשו"ת גאוני בתראי סי' נב, הסמ"ע מבאר את דעתו להכשיר את הגט מווינא שהוא עצמו סידר, בתוך דבריו הסתמך הסמ"ע על תשובת המהרש"ל הנ"ל. וז"ל הסמ"ע - "משמע דוקא בגט העשוי בתנאי כהלכתו הוא דפסול במוטעה, לפי שהתנאי שהוא כפול כתנאי בני גד ובני ראובן מבטל המעשה כמו שפרש"י. אבל במה שמטעין אותו בלא תנאי, והוא סובר שיתנו לו כך, אף אם אינה נותנת לו, הוה הגט כשר".

סברת התוספות אליבא דשיטה זו טעונה ביאור, מאי שנא גיטין וקידושין מממון, שהרי דיני אומדנא קיימים גם בגיטין וקידושין.

בשו"ת עין יצחק (ח"ב סי' לו סק"ד) באר סברת התוספות. העין יצחק הביא את מש"כ הר"ן בנדריים (דף פז). דבגיטין וקידושין תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי משום שבדברים חשובים כאלו אין אדם מקדש או נותן גט אלא בהסכמה גמורה, לאחר שגמר לחלוטין בדעתו, ולכן אין מקום לחזרה אפילו תוך כדי דיבור, מכיון שודאי מיד בעת המעשה גמר וקדש וגמר וגרש. ועפ"י זה כתב העין יצחק - ה"ה דלא מהני שום אומדנא וגילוי דעת בגיטין, דכיון שאין עושה זאת אלא בהסכמה גמורה, בודאי כוונתו שהגט יחול לחלוטין ללא תנאי, כל זמן שלא נאמר התנאי במפורש. וע"ע בערוך השלחן אה"ע סי' קמה סעיף ל', שיובא להלן.

ומצאתי בשו"ת גאוני בתראי סי' נב, בתשובת הסמ"ע שבאר שיטתו להכשיר את הגט מווינא, (שהסמ"ע עצמו סידר). בתשובתו הביא את דברי מהרש"ל לחלק בין ממון לגיטין, וכתב לבאר שכן מתבאר בדברי התוס' בגיטין דף עב: (ד"ה אמר) שחילקו בין מתנת שכיב מרע לגט שכיב מרע,

מפורש בתוספות הרא"ש. ולכן בגט לא אזלינן בתר גילוי דעת והאשה מגורשת ללא תנאי, כל זמן שהתנאי לא נאמר במפורש. ולדעת המחנה אפרים שער המלך והעונג יו"ט אין מחלוקת עקרונית בין התוספות וסייעתם לרמב"ן וסייעתו ולכו"ע כשיש גילוי דעת ואומדנא דמוכח הוי כתנאי, ומחלוקת הראשונים בסוגיא בגיטין היא האם במקרים הנדונים בסוגיא זו קיימת אומדנא דמוכח ויש חשש לביטול הגט, או אין אומדנא כזו והחשש הוא להוצאת לעז בלבד. לשיטה זו, במקרה שהאשה לא עמדה בהתחייבותה שבהסכם הגירושין יש לבחון כל מקרה לגופו האם אכן קיימת אומדנא דמוכח שאילו היה יודע כן מראש לא היה מגרשה.

אך לפי מה שנבאר בהמשך הדברים יש להקל מטעם אחר והוא מפני שבעת סידור הגט הבעל לא גילה דעתו שרק מפני כך מגרשה, ואדרבה לפי הנהוג בסדר הגט הבעל מבטל כל תנאי ואומר שהגט ניתן ללא תנאים. ונבאר בעז"ה את הדברים.

הכלל הקובע לענין ממון אימתי צריך תנאי

גם אם ננקוט שהדין בגיטין דומה לדיני ממונות, הרי בדיני ממונות כתבו כמה ראשונים שיש ג' חלוקות. ומקור הדין במסכת קידושין דף מט: - "ההוא גברא דובין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל ובעידנא דובין לא אמר ולא מידי, אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים". הרי שאף שזמן מסוים לפני המכר הבהיר שמוכר נכסיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, מ"מ כל שלא אמר כן בעת המכר הוי דברים שבלב. וכתבו ראשונים שיש בזה ג' חלוקות, ונביא את לשון הרא"ש במסכת בבא בתרא פ"ח סי' מח - "יש דברים שהדעת מכרעת כל כך דאזלינן בתר אומדנא דדעת ואפילו גילוי דעתא לא בעי, כגון שטר מברחת ובמתנת שכיב מרע ובידוע שבנו קיים והכותב כל נכסיו לאשתו, ויש דברים דבעיא גילוי דעתא כי ההיא דובין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל דאם לא גילה בדעתו אמרינן דברים שבלב אינם דברים, ומיהו סגי בגילוי דעת ואפילו תנאי לא בעי, אבל בכל שאר מילי דבעינן תנאי בעי תנאי כפול ואי לא כפליה לתנאי התנאי בטל והמעשה קיים".

ובתשובה כלל לד ס"א הוסיף הרא"ש לבאר - "יש דברים שאין מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה בפירוש, כגון היכא דאין הענין מוכיח על דעתו אי לאו דאתני, וכיון דאתני צריך תנאי כפול".

וביחס לאותם מקרים דבעינן גילוי דעת בעת המכר, כתב הרא"ש - "וההוא דובין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל, אע"ג דגלי דעתיה מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר, בעי גילוי דעת בשעת מעשה משום דליכא אומדנא דמוכח בלא גילוי דעת, שהרבה פעמים אדם מוכר קרקעותיו ואין ידוע לעולם למה מוכרין".

תוספות הרא"ש - "ואין לומר הואיל דגלי דעתיה שאינו רוצה שיהיה גט אם השם רע אינו נכון חשבינן ליה כתנאי, מידי דהוה אובין ולא איצטריכו ליה זוי לקמן בפרק אלמנה ניוזנת, וכן ההיא דובין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל דלא הוו זביניה זביני הואיל וגלי דעתיה. דגבי איסורא לא אזלינן בתר גילוי דעתא, שהרי גבי שכיב מרע אם עמד חוזר במתנתו וגיטו גט אם לא התנה, אלא ודאי אין כאן ממזרות, אלא הא דאמרו רבנן לא יחזיר כדי שלא יוציא לעז על הגט קודם שתנשא כדי שתחזור לו".

אך דברי תוספות הרא"ש צריכים ביאור. הראיה שהביא משכיב מרע היא לכאורה ראייה לסתור. בסוגיא במסכת גיטין דף עב: ס"ל לרב הונא דגיטו של שכיב מרע כמתנתו, מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר, דהיינו דאמדינן דעתיה שהגט ניתן על תנאי שלא יעמוד מחוליו. ורבה ורבא לא סבירא להו הא דרב הונא גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה, וכן הלכה, הרי דלכו"ע מדינא אזלינן אף בגט בתר אומדנא, ורק בשכיב מרע מטעם גזירה לא אזלינן בתר אומדנא וגיטו גט מטעם אפקעינהו כמבואר שם בסוגיא. עכ"פ עולה מהסוגיא, שבנידון שאין שייכת גזירה זו, לכו"ע אזלינן בתר אומדנא.

ואמנם בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' לו סק"ז אכן הוכיח מסוגיא זו דשכיב מרע דלא כשיטת מהר"ם אלשיך, ודברי תוספות הרא"ש לכאורה צ"ע.

ומצאתי בשער המלך הלכות אישות פ"ו ה"ב שהביא את דברי השטמ"ק בשם תוספות הרא"ש והקשה כנ"ל. וכתב לישב, וז"ל - "וצ"ל דבתוספותיו פליג על מש"כ בפסקיו ומפרש ההיא דגיטו כמתנתו כפירוש ר"ת שם ודוק". וכן כתב בשו"ת מהר"ם אש חלק אה"ע סי' פב.

אמנם בתוספות הרא"ש במסכת גיטין בסוגיא שם (בדף עב: בד"ה אמר) הרא"ש נקט בפשיטות דלא כשיטת ר"ת וכתב "ופירוש ר"ת לא כתבתי כי אינו מחזור בעיני וגם לענין פסק הלכה אין נפקותא בחילוק הפירושים דלית הלכתא כרב הונא". אך אין קיום לדבריו במסכת כתובות אלא אליבא דשיטת ר"ת.

היה נראה לתלות את מחלוקת התוספות והרמב"ן, בגיטין דף מו. שהובאה לעיל, במחלוקת רש"י ור"ת בסוגיא בגיטין עב: הרמב"ן יסבור כשיטת רש"י, שנקט דבין רב הונא ובין רבה ורבא אזלו בתר אומדנא בשכיב מרע המגרש בסתמא, דכוונתו לגרש רק בתנאי אם לא יעמוד מחוליו, אלא דלהלכה קיי"ל כרבה ורבא דלא אזלינן בתר אומדנא זו מטעם גזירה, אך בלא"ה בעלמא אזלינן בתר אומדנא חזקה כעין האומדנא שבשכיב מרע. ויעויין בחי' הרמב"ן שם ובר"ן. ואילו תוספות בדף מו. יסברו כר"ת החולק על רש"י, והסובר דלא אזלינן בתר אומדנא כלל, אפילו בתר אומדנא דשכיב מרע.

העולה מדברינו -

מצינו שתי דעות בהבנת שיטת התוספות, לדעת מהר"ם אלשיך ומהרש"ל קיים חילוק עקרוני בין ממון לאיסור, וכן

ח"ל השאלה - "ראובן שהיה לו דרך למקום רחוק, והפצירו בו שיגרש את אשתו ולא תשאר עגונה, ולא אבה לגרשה מיד לגמרי אלא בגט זמן לשלש שנים. וכתבו וחתמו הגט כראוי, ואמרו לו בחשאי אם אינך אומר בפני העדים כשתתן הגט שאתה מגרשה מכל וכל, לא יהיה הגט שוה כלום. והוא עשה כן ואמר בשעת נתינת הגט בפני העדים הרי את מותרת לכל ואין לי עוד בך רשות והלך לדרכו. והוא סבר שעדיין היא אשתו עד הזמן שאמרו לו בראשונה. ושאלת אם הוא גט גמור מיד אחר שלא הזכיר שום תנאי בפני העדים, או אינו גט עד הזמן ההוא כאשר היה בדעתו, או דילמא אינו גט כלל. האם זה תלוי בענין גילוי מילתא בגיטא דקיי"ל לאו מילתא, והגט גט גמור לאלתר, או דילמא אין זה נקרא גילוי דעת לבד, אחר שביירר דעתו תחילה, ואמירה מוחלטת יש כאן".

מהר"ם חלאוה השיב - "דל מהכא גילוי דעתא, שלא אמרו גילוי דעתא אלא במה שמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ... או דמחשבתו ניכרת מתוך דבריו כהוא דאמר כי לא קבלה דביתהו גיטא, ברוך הטוב והמטיב ... אבל הכא הרי אמר בפירוש שלא היה רוצה לגרשה אלא לאחר זמן, ודברים מפורשים יש כאן".

לעומת הרדב"ז שהסתמך בתשובתו על הא דקיי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא, סבור מהר"ם חלאוה שאינו ענין לנידון זה.

בתשובתו כותב מהר"ם חלאוה שאם הבעל הודיע לשני עדים כשרים כעין מסירת מודעה ואמר להם הוו יודעים שגט זה שאני עומד לתת לאשתי אני נותנו רק בתנאי שיחול לאחר ג' שנים, הרי שהאשה מגורשת רק לאחר ג' שנים. אבל אם לא מסר דבריו לשני עדים כשרים שהגט הוא בתנאי, אלא אמר דבריו כנושא ונותן ולאחר זמן נתן את הגט בסתמא, מכיון שלא פרש בעת מתן הגט שהגט ניתן בתנאי האשה מגורשת ללא תנאי. ובאר מהר"ם חלאוה - "משא ומתן של תחילה אינו כלום ואינו חשוב מודעא, אלא דברים שבלב מקרי, כההיא דגרסינן בקידושין פרק האיש מקדש ההוא גברא דובין לנכסי דבעי למיסק לא"י, בעידנא דובין לא אמרו, אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים. פי' שגלה דעתו תחילה שהיה רצונו לעלות לא"י ולפיכך היה מוכר נכסיו. ובשעת המכר לא דיבר מזה, ואמרינן דדברים שבלב הן ואינם דברים, דשמא חזר בו ממה שאמר תחילה, וכן פירשה הרשב"א ז"ל. הכא נמי אע"פ שגלה דעתו תחילה, כל שלא אמר בתורת מודעא וכו' ולבסוף לא חזר והתנה, דברים שבלב הן ואינם דברים".

העולה מדבריו - כל שלא פרש בעת מעמד סידור הגט שהגט ניתן על דעת כן שהאשה תקיים את ההסכם, הוא גט מוחלט ללא כל תנאי, ואף אם בזמן קודם אמר שנותן את הגט על דעת כן, אנו אומרים שחזר בו, וכמ"ש הרשב"א, ואף אם יאמר אח"כ שלא חזר בו וכך היתה דעתו בעת מתן הגט, הוי דברים שבלב שאינם דברים.

ולפי דרך זו, צ"ל לדעת הרמב"ן וסייעתו בסוגיא (בדף מו.) דס"ל שאם נמצאו דברים בדאים והתברר שהשם רע

ובחי' הרשב"א (עמ"ס קידושין שם) באר - "כיון שלא אמר בשעת המכר קרינן להו דברים שבלב, דדילמא בעת המכר חזר בו מכוונתו ורוצה הוא למכור בין עולה בין לא עולה". והובאו דבריו בשו"ת הריב"ש החדשות סי' א' וסי' י'. (התשובות שם הם ממהר"ם חלוואה, כמו שהוכיח המהדיר לשו"ת הריב"ש מהדורת מכון ירושלים).

לפי זה יש לדון לדעת הסוברים שיש להשוות דיני גט לדיני ממונות, לאיזו משלשת החלוקות נשנה את המקרים שהצגנו בתחילת דברינו, מקרים שבהם לאחר מתן הגט האשה לא כיבדה את ההסכם.

אין לומר שהענין דומה לחלוקה הראשונה, שהרי הענין במהותו אינו מוכיח שחלות הגט תלויה בקיום ההסכם. ונראה שיש לדון כל מקרה לגופו, האם דומה לחלוקה השלישית דבעינן תנאי כפול דוקא, או לחלוקה השנייה.

לכן מכיון שלכל היותר יהיה דומה לחלוקה השנייה, הרי דבעינן גילוי דעת בעת מתן הגט דוקא, דומיא דההוא דובין נכסיה אדעתא למיסק לא"י. ומכיון שנהוג שבמעמד סידור הגט אין מניחים לבעל להוסיף דברים מלבד הנוסח שרגיל לומר בסדר הגט, ובודאי אין מניחים לבעל לומר דבר ביחס לכך שהוא נותן את הגט על דעת כך שהאשה תעמוד בהסכם הגירושין שנחתם על ידם. ולכן אף לשיטת החולקים על התוספות, וכן לדעת המחנה אפרים אליבא דשיטת התוספות, אין לחוש לכשרות הגט אם לאחר הגירושין האשה לא עמדה בהתחייבויות שהתחייבה בהסכם הגירושין.

מצינו בתשובות הרדב"ז ובשו"ת הריב"ש החדשות שדנו בשאלה דומה, ומשתי התשובות שנכתבו שם יש ללמד יסודות חשובים לנידון דידן.

בשו"ת הרדב"ז ח"א סי' פג דן במי שהלך למדינת הים ועמד לתת גט מחשש שמא לא יחזור, והוסכם עם הפשרנים שתווכו באותו ענין, שהגט ינתן באופן שיחול רק לאחר שנה אם לא יחזור תוך שנה זו, אך בעת כתיבת הגט ומסירתו לא הזכירו ענין זה והגט ניתן בסתמא, ונחלקו חכמי צפת האם מותרת להנשא מיד מאחר שקבלה גט ללא תנאי, או שמא אנו סהדי שהגט ניתן בתנאי שלא יחזור בתוך השנה שהרי על דעת הסכמה זו גרש.

הרדב"ז השיב - "אשה זו מותרת מיד ואינה צריכה להמתין כלל, דקיי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו כלום הוא, ואע"פ שזה המגרש גילה בדעתו שאינו רוצה לגרש אלא על תנאי, לאו כלום הוא, דדילמא חזר בו וגרש לחלוטין בלא תנאי".

הרי אף בענין המהותי בגירושין, שאינו מעוניין כלל לגרשה אם יתברר שיעלה בידו לחזור תוך שנה, הרדב"ז השהה דין זה לההוא דובין נכסיה אדעתא למיסק לא"י, והעלה דמכיון שלא פרש התנאי בעת מתן הגט, אמרינן שחזר בו מהתנאי, וכונתו תשאר דברים שבלב.

גם מהר"ם חלאוה בתשובה (שבשו"ת מהר"ם חלאוה סי' קכח ובשו"ת הריב"ש החדשות סי' י') דן בעובדא כעין הנידון שבשו"ת הרדב"ז.

והדברים מבוארים בשו"ת הב"ח החדשות סי' צ', בתשובתו בנידון הגט מווינא. בעובדא זו חמותו של המגרש הבטיחה לו לפני סידור הגט שאם יקום מחוליו האשה תחזור להנשא לו, וכתב הב"ח - "אע"פ שחמותו דיברה אליו קודם שנכנסו המסדרים אצלו ולא היתה אמירתה בהבטחה אליו סמוך לכתיבה, אפילו הכי מאחר שהיו עסוקין הכל באותו ענין ולא סליקו מענינא לענינא, אפשר לומר איהו גופא אדעתא דידה קגמר ויהיב גיטא. וההיא דפירש הר"ן פרק ב' דקידושין מיירי דקודם המכירה גילה דעתו דרוצה למכור כדי לעלות לארץ ישראל ולא הפסיק מעסק מכירתו שום הפסק עד שמכר שפיר הו"ל גילוי דעת דאדעתא דהכי מכר, וא"כ בנ"ד דאין ספק דמשעה שהתחילו להשתדל שיתן גט לא הפסיקו מענינא לענינא שפיר אפשר לומר דאיהו גופא אדעתא דהכי קא גמר ויהיב גיטא, ועל הפחות מידי ספק לא נפיק".

הרי מבואר שהזמן ש"עסוקין באותו ענין" נחשב כשעת הגט, ואם גילה דעתו באותו זמן יש לדון את הגט כגט הניתן בתנאי לדעת הסוברים שאומדנא בגט נידונת כתנאי בגט, דהיינו הב"ח סבור שלא רק השעה שעוסקין בסידור הגט ממש נחשבת שעת הגט, אלא אף אותו פרק זמן שלפני סידור הגט כל זמן שעוסקין בבירור הנושאים הכרוכים בגירושין, אף שעדיין לא החלו בסדר הגט.

ובספר דברי חיים (להגר"י אויערבאך ז"ל) חלק אה"ע דיני גיטין סי' א' כתב - "אולי אף דגילוי דעת מעיקרא לא מהני הוא דוקא בגילוי דעת טרם שהתחילו לעסוק בענין הגט, אבל כשעסקו בענין הגט וגילה דעתו באיזה אופן שדעתו להסכים בדבר, ועוסקים באותו ענין והלכו או נסעו באותו ענין כדי ליתן גט, הוי כגילוי דעת בשעת מעשה שעוסקים באותו ענין הוי כשעת מעשה ... וא"כ בנ"ד לא אדע אולי טרם שהלכו או נסעו אל המסדר עסקו בזה וגילה דעתו שיתנו הסך שהבטיחו ואח"כ תיכף נסעו אל הגט".

העולה מדברינו -

אם הבעל הודיע שאינו נותן את הגט אלא על דעת כן שהאשה תמלא אחר ההסכם, אם לא מסר דבריו כמסירת מודעה לעדים כשרים שבלא קיום רצונו הגט יתבטל, ולא אמר כן במעמד סידור הגט או לפני כן כל זמן שהיו עסוקים בענין הגירושין, מכיון שבעת מסירת הגט לא הזכיר דבריו הקודמים, הגט תקף ללא כל תנאי.

אך אם בזמן שהיו עסוקים בענין סדור הגט, הבעל אמר שהוא תולה את הגירושין בקיום ההסכם, או שבמועד מוקדם יותר אמר כן לשני עדים כשרים, בדרך מסירת מודעה או שהצהיר כן בפני בית הדין, יש לחוש שהגט הינו גט על תנאי. אך למבואר להלן, אין לחוש לכך מטעם אחר.

המנהג שהבעל אומר במעמד סידור הגט שהגט ניתן ללא

תנאים

בסדר הגט הנהוג נקבע, שבטרם הבעל מצוה לסופר לכתוב גט, הבעל יאמר שהגט ניתן ללא תנאים. לכן מזמן

אינו אמיתי הגט בטל, היינו דוקא אם אמר בעת מסירת הגט שמשום כך מגרשה, דאל"כ אף שאמר כן מקודם לא עדיף ממוכר נכסיו אדעתא למיסק לא"י שאף שקיימת אומדנא דמוכח שאדעתא דהכי מכרן, מ"מ אם לא אמר דבר בעת המכר הוי דברים שבלב.

וכן מפורש בתוספות רי"ד בסוגיא בדף מו. (התוספות רי"ד סובר כשיטת הרמב"ן החולק על התוספות), ח"ל - "טעמא מאי משום קילקולא אם אמר לה הכי מצי מקלקלה ואי לא לא, פי" אמר לה בעת הגירושין משום שם רע אני מוציאך כבר גילה דעתו שאינו מגרשה אלא בעבור הלעז שיצא". ולאחר אריכות לשונו הוסיף התוספות רי"ד - "אבל אם לא אמר דבר בעת הגירושין אע"פ שידענו שהיתה ביניהם קטטה בעבור הלעז שיצא עליה, כיון שנתן לה גיטה בסתם ולא אמר לה דבר בודאי דגמר ויהיב בכל לב, ולא אמרינן שמא מחשבתו לא היתה אלא על דעת שהלעז הוא אמת, שכיון שלא גילה דעתו בעת הגירושין, לכולי האי לא חיישינן". וע"ע בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' עח שכתב כן בדעת הסוברים דאזלינן בתר אומדנא בגט, וכ"כ בספר עונג יו"ט סי' קנד (ד"ה מיהו כ"ז).

וע"ע בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סי' יג בשכיב מרע שאמר למסדר הגט והעדים שיתן גט אך שיתנו לאמו קצת מטלטלין והבטיחוהו שכן יעשו, וכתב מהרי"ט דדבר פשוט הוא שכל שלא התנה כן בשעת נתינת הגט אין מעכב, ועיי"ש שכתב טעם נוסף שאינו תנאי, מפני שאמרו לו שלא יתנה את מתן הגט במטלטלין, והבאנו להלן מדבריו, ובשו"ת בית אפרים חלק אה"ע תניינא סי' עה כתב על תשובה זו - "מבואר מדבריו שלא תלה ההיתר בזה לפי שהוציאו מלבו כו', אלא שכתב כן בדרך כ"ש, ועיקר ההיתר הוא לפי שלא התנה בשעת נתינת הגט גמר ונתן לגמרי".

אך אם התנה בשעת מתן הגט אף על פי שלא נאמרו הדברים בהתאם למשפטי התנאים, מ"מ אם אמר לשון על מנת וכיוצא בזה, יש שכתבו לדון את הגט כגט שניתן בתנאי, וכמבואר בשו"ת הר"י מגאש סי' קכב.

הר"י מגאש נשאל במי שבקש לגרש בתנאי שאשתו לא תתבע ממנו ממון ואמרו לו מסדרי הגט כן יהיה אלא שאין אתה יכול לומר זה התנאי בעת כתיבת הגט אלא תצוה לכתוב לה גט כשר, וכן עשה. ובתשובתו כתב הר"י מגאש - "צריכה היא לבקש ממנו שיכתוב לה גט אחר מבלתי תנאי. לפי שהתנאי הנזכר אע"פ שלא היה תנאי כפול, היה בלשון שמשמעו על מנת דאתי מכח מעכשיו, על עיקר מה שאמרו כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי", עכ"ל, ולכאורה דברי הר"י מגאש שלא כדברי מהרש"ל וסמ"ע שהובאו לעיל.

הגדרת שעת הגט

יש לברר ולהגדיר מה נחשב "שעת הגט" או "שעת המכר", שדוקא בשעה זו מועיל הגילוי דעת שלו שהגט או המכר מותנה.

שאינן נותנין גט על תנאי אפילו גט שכיב מרע, כמו שאנו נוהגים עכשיו לבטל כל התנאים קודם הכתיבה ולחזור ולבטל קודם הנתינה, א"כ דבריו האחרונים הם עיקר ומבטלין דבריו האחרונים לדבריו הראשונים. ואע"ג דאנן סהדי דדעתו ולבו תמיד על התנאי הזה, ואפילו אם מבטל בפירוש כל תנאי בשעת נתינת הגט אפילו הכי דעתו ולבו תמיד על התנאי שקודם הנתינה, מ"מ לא הוי אלא גילוי מילתא בעלמא דאינו מועיל בגט".

וכן כתב בתשובות הב"ח החדשות סי' צ' - צא בתשובתו להכשר הגט מווינא.

וכן דעת הנודע ביהודה, כפי שהובאה בתשובתו בענין הגט מקליווא (הודפסה בספר אור הישר סי' ל' ולאחרונה בנודע ביהודה מהדורת מכון ירושלים חלק אה"ע ח"ב בתשובות הנוספות סי' ט'), וז"ל הנודע ביהודה - "זכור ימות עולם מה שאירע בדורו של הסמ"ע שהוא סידר בווינא גט של מרת בת שבע, ומהר"ם מלובלין היה קרוב של המגרש ורצה לבטל את הגט מטעם שלא גירש אלא מפני אימת מות וכיון שעמד מחוליו נבטל הגט, ועל ידו החזיק מהר"ם יפה בעל הלבושים. ואעפ"כ נאספו כל חכמי הדור, ובראשם מהרש"א, ונתנו חרם חמור על המוציא לעז, ונשאת ליחוסיו ארץ. ואין לך אומדן דמוכח דמגרש מחמת אימת מות יותר מגט שכיב מרע, ומ"מ כיון שאומר בפירוש שהוא נותן בלי תנאי, הגט מועיל, אפילו עמד מחוליו".

וע"ע במהרש"ם ח"ה סי' מג שהעלה דמחלוקת האחרונים באה"ע ריש סי' קלד בב"ש סק"א ובפת"ש סק"א שנחלקו אם גילוי דעתא שלפני מתן הגט מילתא היא, עיי"ש, היינו בטרם נהגו את סדר הגט שהבעל מבטל כל תנאי, אבל בזה"ז כל גילוי דעת או אומדנא בטלים, וע"ע שם במהרש"ם סי' סז.

ומצינו בשו"ת מהרי"ט אה"ע סי' יג (שהוזכר לעיל) שהשיב על שאלה כזו. מהרי"ט דן בשכיב מרע שגרש ובטרם הגט ביקש שאחר מותו יתנו מקצת מטלטלין לאמו, והשיבו לו שכך יעשו אך אמרו לו שלא יתלה נתינת הגט בנתינת המטלטלין, והתעוררה שאלה האם אכן הגט תלוי בנתינת המטלטלין. המהרי"ט פסק - "דבר פשוט הוא שכל שלא התנו בשעת נתינת הגט, אין נתינת המטלטלין מעכבים אע"פ שאמר כן אתן אמנם שהמטלטלין וכו' שנראה שהיתה כונתו להקפיד בכך והם הבטיחוהו שיתנום מ"מ לאו תנאי הוא, דאפילו בתנאי בעינן תנאי כפול כ"ש כשלא התנה, וכדאמרינן בסוף פרק השולח גבי המוציא את אשתו משום שם רע ... והיכא דלא כפליה למילתיה אפילו לעז ליכא. ומינה לנידון דידן שאפילו היה אומר מפני המטלטלין שתתן לאמי אני מוציאה ואם לא מפני כן לא הייתי מוציאה, כל שלא התנה בשעת נתינה ליכא אלא לעז, כ"ש הכא שלא כפל וגם לא תלה דבר הגירושין בהם, וכ"ש שכבר הוציאו מליבו ואמרו לו שלא יתלה נתינת הגט במטלטלין אלא שיתן גט כריתות בלי שום תנאי והם הבטיחוהו וסמך על

שהחלו לנהוג בסדר זה, אין לחוש לדברים שנאמרו קודם, שיש בהם אומדנא שהגט ניתן על תנאי מסוים. ואף אם קודם לכן, הבעל אמר שהגט ניתן בתנאי, אתי דיבור אחרון ומבטל דיבור קודם, והעיקר כדבריו האחרונים.

כעין סברא זו מצינו בספר נתיבות המשפט סי' רז ס"ק יט, ביחס למבואר שם בשו"ע שאם מבקשים להסיר את הריעותא של אסמכתא, יש להתחייב בדרך חכמי ספרד, המבוארת שם בשו"ע (סעיף טז). וכתב הנתיבות - "נראה דבתיקון חכמי ספרד, צריך לומר בפירוש שמחייב עצמו בלא תנאי, דבלא"ה לא מהני. דכיון שדיברו בפירוש התנאים שביניהם קודם הקנין, אפילו קנוי אחר כך בסתם, אמרינן דעל דעת ראשונה הקנו", עכ"ל. מבואר מדבריו, שאם היתה התחייבות בסתמא, אמרינן דעל דעת דבריו הקודמים התחייב. אך אם התחייב בפירוש בלא תנאי, בזה ביטל כל התנאי שהתנה, אף אם התנה אותו זמן קצר קודם לכן. ואם הגט סודר כמקובל ונהגו עם הבעל על פי סדר הגט, דנו הפוסקים האם יש לחוש לתנאי, וכמו שיבואר.

הגט מווינא

בשאלת הגט מווינא נחלקו גדולי הדור. באותו מקרה הבעל היה חולה והיה חשש שימות והאשה תזדקק לחליצה והבעל התבקש לתת גט. הבעל התרצה לגרש רק לאחר שהאשה התחייבה בחרם וקנסות שתחזור להנשא אליו אם יבריא. לאחר שניתן הגט והבעל חזר לאיתנו האשה סירבה לחזור ולהנשא לו שנית, והתעוררה שאלה אם יש לחוש שהגט ניתן בתנאי שאם יקום מחוליו היא תנשא לו.

הגט סודר על ידי בעל הסמ"ע ובעל החכמת מנחה, ועיין בדברי הב"ח אה"ע סי' קמח (בסוף הסי') ובסי' קמה בט"ז סק"ו ובב"ש ס"ק טז שהביאו את המחלוקת שהתעוררה סביב הגט מווינא, וכתבו שכל חכמי הדור נחלקו על מהר"ם לובלין שהחמיר בזה. אמנם בעל הלבושים הצטרף לדעת מהר"ם לובלין שהחמיר בזה, אך כל גדולי הדור הסכימו לדעת הסמ"ע ובהם המהרש"א הט"ז ומשאת בנימין סי' עו.

מעיון בכמה מתשובות האחרונים שהכשירו את הגט מוינא עולה שאחד היסודות העיקריים להיתר היה, שהבעל אומר בסדר הגט שהוא נותן את הגט ללא תנאים.

הסמ"ע בתשובתו כתב - "כלל העולה מדבריו הראשונים שאין בנידון דידן צד מיחוש בעולם להצריך גט אחר מכמה טעמים דכתיבנא ואחזור לפרשם בקצרה ... החמישי, מאחר שקודם כתיבת הגט בטלו כל הדברים ופסלו כל העדים שיעידו על דבר שיבוטל הגט מחמתו, וגם חזרו בביטול זה קודם הנתינה, ואם איתא דהיה, דגט זה אינו כי אם אדעתא שימות, הו"ל להזכיר זה פעם אחת".

ובתשובת משאת בנימין סי' עו כתב - "נראה שאפילו אם התנה המגרש בתנאי כפול קודם הכתיבה שאם יעמוד תחזור ותישא אותו אפילו הכי הגט גט, לפי מנהגו שהמסדר את הגט קודם הנתינה מבטל כל תנאי כתקנת ר"י מפריש

מוציאה ואם לאו לא הייתי מוציאה כל שלא התנה בתנאי בשעת נתינת הגט, ליכא חשש ביטול על הגט רק משום לעז, והיכי שהוציאו הדבר מלבו ואמרו לו שאין להטיל תנאי בגט רק יסמוך על הבטחתם וכן עשה כיון דהו"ל לאתנויי ולא התנה, גמר ומגרש לה, ואין הגט תלוי כלל בנתינת המטלטלין, ואפילו משום לעז ליכא, יעו"ש. וה"נ בנ"ד. ע"כ נלפע"ד דהגט כשר. ואמנם מבואר בח"מ סוס"י ט"ו וכמה דוכתי דיוכלו הבית דין לגזור על האשה שלא תנשא לאיש אם אינה מחזרת מה שגזלה, ועיין שבות יעקב ח"ג סי' קכא בזה, ולכן גם בנ"ד יעשו כן".

וכן פסק הלכה למעשה בספר ערוך השלחן אה"ע סי' קמה סעיף ל', וה"ל - "זוה קרוב לשלש מאות שנה שקם אחד מהגדולים וערער בזה לומר שזה שמתקשרים אח"כ חשוב כאילו התנה שאם לא מתי לא יהא גט, ורבו עליו חכמי הדור וביטלו את דבריו וגזרו בגזירה שלא להוציא לעז על זה. וצדקו מאד בזה. ועיקר טעמו של אותו גדול הוא מפני האומדנא שבודאי אילו ידע שלא תתרצה לחזור אליו לא היה מגרשה. וכבר בארנו בסי' מ"ב דבגיטין וקידושין לא אזלינן בתר אומדנא, ומטעם זה קי"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, ולכן אין בגיטין דיני אסמכתא. והטעם דבגיטין וקידושין דעיקר קיומם הוא רק על ידי עדים, ובינו לבינה לא מהני, הולכין רק אחר המעשה ודיבור פה, ולא אחרי מחשבות שבלב, שזהו עיקר טעם אומדנא ואסמכתא, משא"כ דיני ממונות לא איברו סהדי אלא לשיקרא ... ומאד תמהני על הגאון בעל משכנות יעקב סי' ל"ד שערב לבו לחזק דברי המהר"ם לובלין נגד כל גדולי הדור, וכל דבריו לפי מ"ש נדחו מכל וכל, וכ"כ הבי"ש ס"ק ט"ז והב"ח סי' קמ"ח, וחי' לחלוק בזה".

נציין שהסמ"ע שהכשיר בנידון הגט מווינא, כתב להדגיש נקודה נוספת והיא, שאמנם הבעל סמך בכל מאודו על כך שאם יבריא האשה תחוייב לחזור להנשא לו, אבל מעולם לא נאמר על ידי האשה או אדם אחר שאם לא תחזור ותנשא לו שהגט יבוטל עקב תנאי, והיא תחזור להיות אשתו מכח הנישואין הקודמים, על כן העלה הסמ"ע (תשובות גאוני בתראי סי' נב) - "נמצא דלא היה למגרש שום סמיכות דעת רק על החרם או הקנס שיכריח לה שיחזירנה וישאנה, ולא מכח איסור אישות שהיה להם קודם שגירשה".

וכן הבית אפרים בתשובה (תניינא חלק אה"ע סי' עב, בעמ' רצג) כתב - "כשאומר בפירוש שנותן בלי תנאי, דברים אלו הם עיקר, ואין לנו אומדן דעת שמשקר בזה ואין לבו עמו בהא ... אין לנו לבדות מלבנו שאע"פ כן היתה דעתו על התנאי, ואמרינן שמרוצה ליתן גט בכל אופן, וסמך לבו שיתקיימו התנאים מחמת הפס"ד והבטחונות".

לפי דברי הסמ"ע והבית אפרים, אמנם הבעל סמך עצמו על כך שכל העוסקים בנושא יצליחו להסדיר את מילוי ההתחייבות שהאשה נטלה על עצמה, אך מכיון הבעל אמר בזמן סידור הגט שנותן את גט ללא כל תנאי, אין הכרח

הבטחתם, וכיון דהו"ל לאתנויי ולא התנה גמר ונתן הגט לגמרי".

וכתב בשו"ת בית יצחק אה"ע ח"ב סי' פ' - "אם לא הותנה בשעת כתיבת ונתינת הגט, אף שהבטיחוהו ליתן לבעל חפצים, אין הגט תלוי בנתינת החפצים, כמבואר בתשובת מהרי"ט חלק אה"ע סי' יג. ואף דשם בעובדא דידיה אמרו לו שאל יגרש על תנאי ולא יתלה הגט בחפצים, הרי גם בנ"ד שאל המסדר את הגט אם הבעל רוצה לגרש בלי אונס ובלי תנאי ואמר הן כפי סידור הגט, ע"כ ודאי לא הוי נתינת חפצים תנאי".

וכן פסק מהרש"ם חלק ה' סי' מג (שהבאנו לעיל בקצרה). הנידון בתשובה זו היה - "באיש ואשה שהסכימו ביניהם שיגרש אותה בג"פ ... וקודם סידור הגט, נזכר הבעל שזה ג' שנים גנבה מאתו תכריך כתבים של ביתו ושדותיו ותבע אותה להחזירם לו, והאשה אמרה שאינם בידה כי הם בפקדון ביד איש אחד ותחזירם לו אחר הגט, והתעקש הבעל שאינו רוצה ליתן לה הגט ואמר להמסדר שרוצה להטיל תנאי בגט, ורצה המסדר ליתן הגט ליד הבעל וימסור לה הבעל הגט אחר החזרת הכתבים. והאשה היתה להוטה לקבל הגט ונתייראה שלא יחזור בו הבעל והבטיחה לו בע"פ, וגם נתנה לו כת"י באלה ושבעה וחרם חמור להחזיר לו הכתבים אחר הגט, ובאם לא תקיים כן יהיה דינה כעוברת על השבעה והח"ח, וכל זה היה בפני המסדר והעדים. והמסדר אמר לבעל שאסור להטיל תנאי בגט ולכן עשה כנ"ל, וסידר הגט כנהוג כפי המבואר בסדר הגט בלא שום תנאי. ועתה אחר הגט לא החזירה לו האשה הכתבים, ורוצה הבעל לבטל הגט, כי בשום אופן לא היה מגרשה בלא החזרת הכתבים".

מהרש"ם הכשיר את הגט, וכתב - "רו"מ האריך בכמה טעמים לבטל הגט, והנה באמת כמעט כל דבריו מבוארים בשו"ת מהר"מ מלובלין בדבר הגט שכיב מרע מווינא, שרצה לבטל הגט מטעם אומדנא וגילוי דעת, וכל חכמי דורו חלקו עליו כמבואר באריכות בתשובת גאוני בתראי סי' נב בתשובת הסמ"ע, וביותר מבואר בשו"ת ב"ח החדשות סי' צ' וסי' צא. ... אולם גם לשיטת הב"ח, הרי העלה שם דכל זה דוקא לפי מה שהיו נוהגים בימי הש"ס וראשונים ליתן גט בסתם, אבל בזה"ז שנהגו לומר בפירוש בלא שום תנאי, ממילא כל הגילוי דעת ואומדנות בטלים. וע"ש שכתב להדיא, דהיכי דעשו חרם, לא סמכו רק על החרם, ובפרט כיון שהמסדר אמר לו בפירוש שאין להטיל תנאי בגט, גמר ומגרש וסמך על החרם. דאל"כ לא הו"ל לגרש שם, והו"ל ליקח עמו הגט ולגרשה בביתו. וכיוצא בזה כתבו התוס' ביבמות ס"ה ע"א (ד"ה אי כו') דהיכי דהיה יכול לבדוק ולא בדק ליכא שום חשש. ועיין בתשובת מהרי"ט ח"ב אה"ע סי' יג בדין שכ"מ שהיה לו אח מומר ובאו אליו המסדר ועדים לסדר גט לאשתו, ואמר שיש מטלטלין של אמו שיתנום לה, וכתב שם דאפילו אם אמר מפני המטלטלין ההם אני

פיו ולבו שווין בשעת נתינה". סברא זו לכאורה נסתרת מדברי התוספות והמרדכי.

התוספות במסכת גיטין דף לב. (ד"ה מהו) כתבו "ועוד נראה לר"י כי דברים שבלב אינן דברים אפילו היכא דקיי"ל שנאנס מלפרשם ... ולא מהני דברים שבלב להיות דברים אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו לדעת דעתו מעצמנו".

והמרדכי במסכת כתובות סי' רנד בשם הרא"ם כתב, וז"ל - "דברים שבלב אינם דברים לבטל דברי פיו, דכיון שמשמע דברי פיו בענין אחד ומחשבתו בענין אחר, אע"פ שברור לנו שחישב בלבו לבטל דברי פיו, בתר דברי פיו אזלינן, וראיה לדבר שהרי התנאי שלא נעשה כדינו מטעם שאין כפול ... אינו מבטל המעשה בין בגט בין בקידושין בין בממונות התנאי בטל והמעשה קיים, אע"פ שברור לן ומוכיח הדבר שלדעת התנאי דיבר, מאחר ששינה מדרך המבטלים בתורת תנאי אין מחשבתו כלום", ועיי"ש שהוכיח כן מכמה מקומות. (ונראה שהתוספות והמרדכי זו שיטה אחרת ממש"כ בחי' הרשב"א עמ"ס קידושין שהזכרנו לעיל שכתב דמכיון שלא פרש בשעת המעשה אנו אומדים דעתו שחזר בו ממה שאמר בתחילה ורוצה לקיים המעשה ללא תנאי, אלא סבירא להו דאף אם אנו יודעים שמתכוין שהמעשה יתקיים רק בתנאי לא מהני דאזלינן בתר מה שאמר במפורש, וטענת המשכנ"י יש לה קיום רק אליבא דסברת הרשב"א).

ומש"כ המשכנות יעקב לחוש משום שהענין נוטה לגט מעושה, אינו מובן. שהרי מעולם לא חייבוהו לגרש וממילא כל סדר הגט כולל מה שאומר שנותן הגט ללא תנאים נאמר מרצונו.

הכרעת ההלכה בשאלת הגט מווינא

באותה שאלה שנידונה בעקבות סידור הגט מווינא, הסמ"ע השיב בתשובה להכשיר את הגט והתשובה הודפסה בספר גאוני בתראי סי' נב, אך לאחרונה יצאה תשובה מקיפה וארוכה של הסמ"ע בספר הזיכרון להגר"י פרנקל ז"ל עמ' שמו, שבה הסמ"ע משיב באריכות לכל טענות מהר"ם לובלין, ובסוף התשובה כתב הסמ"ע - "סוף דבר הסכימו עמי ... כל זקני חכמי הדור, הן שהיו אז ביריד הן אשר לא היו שמה". ואח"כ מופיעה רשימה של כששה עשר גדולי תורה שהסכימו עם הסמ"ע הלכה למעשה, ובנוסף כתב שהסכימו עמו "שלשה בתי דינים הגדולים אשר המה בק"ק פראג", ועיי"ש בהערת המהדיר ר"י בוקסבוים, שהם בתי הדין בראשות השל"ה הקדוש ובראשות בעל הכלי יקר, וביחס לביה"ד השלישי כתב השערה שכפי הנראה היה ב"ד בראשות מהר"ר יצחק כ"ץ ז"ל חתן המהר"ל מפראג.

לתשובה זו חשיבות מכרעת, מאחר שבפנינו עדותו של הסמ"ע, שבאותו מעמד גדולי תורה רבים נשאו נתנו ונתנו בשאלת כשרות אותו גט, ובאותו מ"מ השתתף מהר"ם לובלין שטען כנגד הסמ"ע וכמו שמעיד הסמ"ע - "הסכימו עמי, בהתווכחי עמו דרבי מאיר, כל זקני חכמי הדור, הן

שדעתו היא שחלות הגט מותנית. ומסתבר שנתן גט בלא תנאי כפי שאמר, והיה סמוך ובטוח שיהיה בכח הקישורים והקנסות לכפות את האשה למלא את המוטל עליה. עכ"פ אין אומדנא דמוכח שהגירושין גופן יחולו בתנאי, ושאל תקותו לא תתמש יחזור הדבר לקדמותו ויחזור להיות נשואים. על כן בלא אומדנא דמוכח אין יסוד לעקור את דבריו המפורשים שהגט בלא תנאי ולחוש לאחר הגירושין לאיסור אשת איש.

לעומת זאת, המהר"ם לובלין בסי' קכב כתב שאין בדברי הבעל בסדר הגט להסיר את האומדנא שהגט ניתן על תנאי. וז"ל מהר"ם לובלין - "אין לסמוך על זה להקל ולומר שכוונת השכיב מרע היתה בזה לגמור בדעתו להודות שאף כשיעמוד לא תנשא לו ולבטל הדברים הראשונים, כי מי יאמר לנו שדעת השכיב מרע היתה כן, אדרבא כיון שכבר קדמו ואמרו לו שכשיעמוד יחזור וישאנה ועשו לו קישור על זה אם כן בודאי גם עתה היתה דעתו כן, ולא היתה כוונתו במה שהודה אלא לומר שלא יהא שום תנאי בגט עצמו ... אבל לעולם בדעתו הראשונה היה עומד וסמך על מה שהבטיחו אותו ועשו לו קישור שכשיעמוד יחזור וישאנה ואדעתא דהכי נתן לה הגט, וא"כ כשלא תנשא לו יכול לומר אילו ידעתי זה לא הייתי מגרשה והגט בטל למפרע, ואפילו הוא שתק אנן לא שתקינן, דבאיסור חמור כזה אין להקל ולסמוך על דיבור קל".

אמנם רוב הפוסקים הסכימו לדחות דעת מהר"ם לובלין כמבואר בב"ש שהזכרנו, וכן בשו"ת צמח צדק החדש אה"ע סי' רצ סק"א כתב שאמנם דעת מהר"ם לובלין דאף שאמר שנותן הגט ללא תנאי לא מהני, דעכ"פ דעתו ליתן הגט רק בתנאי שתחזור אליו אם יעמוד מחוליו, אך הוסיף הצמח צדק - "אלא שבאמת על זה חלקו כל חכמי דורו, הסמ"ע והבי"ח ומהרש"א, וס"ל דכיון שאמר בפירוש שיתן בלי שום תנאי, א"כ דבריו אלו מבטלים התנאי שהיה תחילה ... וכ"כ הב"ש סי' קמה ס"ק טז". וכן בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' לו ס"ק כה כתב שזוהי עיקר המחלוקת בענין הגט מווינא אם לסמוך על ביטול התנאים במעמד סידור הגט.

ומהרש"ם ח"ז סי' פו כתב - "בתשובת הגאון מוה"ר סענדר מרגלית סי' ט"ז האריך מאוד לקיים דברי מהר"ם לובלין והסיר כל תלונות המחברים מעליו והעלה להחמיר בכה"ג, ונודע תקפו וגבורתו כחד מן קמאי", אך עיין בתשובת מהרש"ם ח"ה סי' מג הנזכרת לעיל.

וכן בשו"ת משכנות יעקב חלק אה"ע סי' לד נטה לדעת מהר"ם לובלין, ובתוך דבריו כתב - "הכא כיון שאומרים לו דאין מזכירין תנאי בזמן הזה, מאי הו"ל למיעבד, וכמעט שהוא נוטה לגט מוטעה או מעושה כיון שאוסרין לו להטיל תנאי אשר ידענו שחפץ בו ונמנע מפני ב"ד, הרי אין פיו ולבו שווין בשעת נתינה".

והנה מש"כ המשכנות יעקב - "הכא כיון שאומרים לו דאין מזכירין תנאי בזמן הזה, מאי הו"ל למיעבד ... הרי אין

מוכרחת לקבל גט אחר, והשתיקה יפה בזה אף לחכמים שהם מיראי הוראה, כיון שהמתירין יש להם עמודים גדולים שראויים לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק.

בירור נוסף בין הפוסקים בשאלה זו

בשאלה זו שנערך הסכם בטרם הגירושיין ואח"כ האשה לא עמדה בהסכם, נחלקו המשכנות יעקב והבית אפרים. דבריהם נסובים על מעשה שהיה, שלאחר הגירושיין הבעל ערער על כשרות הגט מכמה טעמים, ובין טענותיו טען שההסכם שהוסכם עם הפשרנים בטרם סידור הגט לא קויים לאחר הגירושיין.

המשכנות יעקב חלק אה"ע סי' לח כתב (בסוף התשובה) - "כל שנגמר כן מתחילה על פי הפשרנים, שיתנו לו כך וכך, ודאי סמכה דעתו שבודאי יקיימו תנאם, ואדעתא דהכי גמר ויהיב גיטא, דאומדנא דמוכח הוא ... ואע"פ שנהגין שאומרים לו לגרש בלי שום תנאי, אפילו הכי קשה הדבר מאד לסמוך על זה להקל היכא ששינו לו בדבר אח"כ, שהיתה דעתו סומכת על הדבר בבירור, וזולת זה לא היה מתרצה בשום אופן. וידעתי גם ידעתי שכבר עמדו בזה האחרונים בתשובותיהם ויש בדבריהם להקל ולהחמיר ... הרב מהר"ם לובלין החמיר הרבה בדבר וצרח ככרוכיא על זה. והגם שהאחרונים בדור נמנו ורבו עליו, הנה הרב בעל הלבושים הסכים ג"כ לדעת מהר"ם."

וע"ע בתשובת המשכנות יעקב סי' מ' (אות לב) שהחזיק בדעתו, ומטעם דסגי באומדנא שעל דעת כן נותן את הגט, אע"פ שלא התנה תנאי כפול, ורק לחומרא פוסקים כרבי מאיר דבעינן תנאי כפול, ועיי"ש שהוכיח מתשובת מהר"ם אלשיך שאם הבטיחו סמוך למתן הגט שהאשה מחלה על הכתובה, ואח"כ התברר שהמחילה אינה בתוקף, יש לחוש לכשרות הגט.

הבית אפרים האריך לדחות את דברי המשכנות יעקב הללו. וז"ל בשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא אה"ע סי' עב - "ואני תמה בזה, שהרי מעשים בכל יום שמפשרים בין הזוג שהיא נתן לו סך כך וכך, ואחר נתינת הגט היא מקיימת את אשר נגזר עליה או משלישים ביד שלישי, והשלישי עושה כפי שהושלש בידו ומחזיר לו בלא בעדים, והאשה עומדת ונשאת ואין פוצה פה ומצפצף. ולפי דברי כת"ר אינה רשאה להנשא עד שיהיה בידה כתב ראיה מבית דין ועדים, שקיימה כל אשר גזרו הפשרנים ביניהם, שמא יערער הבעל ויאמר שלא נתקיים לו התנאי, וגם אפילו אם לא ערער אינה נאמנת לומר שנתקיים התנאי כל שהוא בקום ועשה, וכ"ש בעל מנת שתתן שהוא תנאי שאינו בידה שמא יגנב או יאבד וכמבואר כל זה בסי' קמ"ג ובס"ס ל"ח. ונלאתי להאריך, וכמה שנים גדלנו בבית המדרש ולא שמענו הלכה זו שהאשה תצטרך לכתב עדים וראיה כשתרצה להנשא ... אך הדבר ברור ואמת, דאף במקום דאיכא אומדנא דמוכח שמחמת זה הוא נותן הגט, לפי שהבטיחו לו כך וכך, מ"מ

שהיו אז ביריד, הן אשר לא היו שמה". ומאחר שגדולי עולם כסמ"ע ומהרש"א והמשאת בנימין, ועוד גדולי תורה רבים התכנסו יחד, והרוב המכריע הסכימו עם הסמ"ע, בודאי שהכרעה זו נחשבה באותו מעמד בגדר "סוגיין דעלמא", אליבא דשיטת רש"י בסנהדרין דף לג. (ד"ה סוגיין). מאחר שהכרעת הרוב שהתקבלה באותו מעמד בסיומו של בירור ההלכה פנים אל פנים, היא הכרעה מחייבת, ועדיפה על דעת רוב פוסקים בספריהם. ולאחר הכרעה כזו, הרב הפוסק הלכה למעשה כנגד הכרעה זו, יחשב כטועה בשיקול הדעת אליבא דשיטת רש"י, ועיין בב"י חו"מ סי' כה ובשי"ך סק"ט שכתבו דלהלכה קיי"ל גם כשיטת רש"י.

יתירה מזו, לאחר שהב"ח הט"ז הב"ש הבית אפרים (בתשובה וכן בספרו טיב גיטין כפי שיובא להלן) והערוה"ש ועוד מגדולי הפוסקים שהובאו לעיל, העלו על ספר את הכרעתם, ופסקו הלכה למעשה כשיטת הסמ"ע, הרי שאם ינתן בזמנינו פסק דין לאחר הגירושיין שיש לחוש ולהוציא מחזקת גרושה, יחשב כטעות בדבר משנה, עיי"ש בשי"ך.

מלבד זאת, לאחר שסודר הגט והאשה הוחזקה כגרושה, לא ניתן להתעלם מחרם ר"ת שאסר להוציא לעז על הגט, וכפי שהביא המרדכי גיטין סי' תנה, וכפי שהמהרש"א והגדולים שהיו עמו בגט מווינא הוציאו חרם חמור על מי שיוציא לעז על הגט, כמבואר בב"ח סוף סי' קמח ובדברי הט"ז ובתשובת הנוב"י הנוכרים לעיל, והוא חרם ר"ת הנוכר. אמנם ידוע ומקובל שבאיסור ערוה החמורה, לכתחילה מחמירים ככל השיטות, וכך מיוסד סדר הגט שהכל נעשה אליבא דכו"ע, וכן בשאר הוראות בדיני גיטין, היינו לכתחילה כשדנים כיצד להסדיר את הגירושיין מכאן ולהבא. אך לא לאחר שניתן הגט והאשה כבר הוחזקה כגרושה. חשוב לציין שהסמ"ע קבע בתוקף באותו נידון של הגט מווינא, שמאחר ומדינא הגט כשר, אסור להחמיר. וכתב דחומרא בזה אתי לידי קולא, אם יקדשנה אחר או אם זה יקדש אחותה, והוסיף הסמ"ע - "גם הרא"ש בפרק מי שאחזו כתב דלא נעשה בדברים כאלו לרווחא דמילתא. ועוד שיש לחשוש שתוקבע הלכה זו לדורות לומר שלכתחילה נחמיר בכזה ליתן גט מחדש וכמו"כ דלא יפוייס המגרש ליתן גט מחדש אם לא שיתנו תרקיבי דינירי, ופעמים לא יתרצה לתת גט כלל ויתעגנו על ידי חומרא זו בנות ישראל, כי לאו כולי עלמא דיני גמירי לאמר שלא הזקיקו לגט חדש אלא לכתחילה ובמקום שרוצה המגרש ליתן ברצון, אלא הרואים יסברו שנתנית הגט הוא מכח שורת הדין. ועוד למה ניתן פתחון פה לבני בליעל העוברים על חרם דר"ת וכל הגדולים אחריו שגזרו שלא להוציא לעז על הגט ... כ"ש שלא נחמיר במקום שאין טעם להחמיר כלל וכלל" (תשובת הסמ"ע שם עמ' שס"ג).

והבית אפרים (בתשובה מהדורה תניינא חלק אה"ע ח"א סוף סי' עב) כתב בנידון דומה - "מזה תוכחה מגולה שאין להכניס עצמו בזה, להוציא לעז פסול על הגט עד שתהיה

אשה טרם שגירש זאת ... וכ"כ בפירוש המוהר"ם לובלין שם בתשובה הנ"ל אות ח' דשניא שכיב מרע מבעלמא. ולזה גם מדברי המחנה אפרים (סוף הלכות גירושין) אין ראייה דמיירי משכיב מרע ונודע לכל שאינו מגרשה רק לפוטרה מיבום.

ובתשובה אחרת כתב הבית אפרים (שם סי' עה), בענין אדם שנסטר גט לשליח שיתן לאשתו והבטיחוהו סכום של מעות ולבסוף לא שילמו לו, וז"ל הבית אפרים - "מכ"ש בזה שלא דבר בב"ד מזה מאומה, ושאלו לו אם נותן בלי תנאי ואמר הן, פשיטא דאמרינן דהו"ל לאתנויי ולא התנה, גמר ונתן הגט לגמרי. ואף אם היה בלבו על הבטחת השליח, דברים שבלב הם ואינם דברים. ואי לא תימא הכי, בכל הגיטין הניתנין ע"י פיתוי מקרובי האשה שמבטיחים ומפתים לו בפה, והוא בא לבי"ד ומגרש, ימצא הבעל מקום לערער שנתן גט לפי שהיה סמוך לכו על דברי הקרובים והבטחתם. ומעשים בכל יום שהשעה צריכה שגרש, ומפתים אותו בהבטחות שוא, עד שבא לבי"ד ומגרש, ואין חוששין כלל, שאף אם יברר שהבטיחוהו, אין בכך כלום, כיון שהוא נותן הגט בב"ד בלי תנאי כלל. והדבר מבואר בפוסק לבתו כך וכך ועמדו וקדשו, ואח"כ אין האב רוצה ליתן, שאין הקידושין בטלים מחמת זה, ולא אמרינן אומדנא דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, וכן מבואר להדיא בסי' נא דיש שם חילוקי דינים בין אם נקנית באמירה או לא, די"א דוקא אם קידשו מיד ולא הפסיקו בדברים אחרים כו'. ומ"מ לא עלה על הדעת לומר, שיהיו הקידושין בטלים אם לא ירצה החתן ליתן. וכן מבואר שם סי' נב בפוסק מעות לחתנו והאב אין לו או יש לו ואינו רוצה ליתן, אינו יכול לעגנה, ושם מיירי באירוסין כמבואר בהגה שכתב, וכל זה לא מיירי אלא באירוסין ומבואר דאין הקידושין מתבטלין מחמת שפסק האב ואינו רוצה ליתן, כיון שהקידושין היו סתם בלי תנאי, ומכ"ש כשפירש בהדיא שהקידושין בלא תנאי. וא"כ הדבר ברור דה"ה בגירושין, אם האב הבטיח מעות לחתנו שיגרש ועמד וגירש בלא תנאי ושוב אין האב רוצה ליתן, דאין כאן ביטול גירושין מחמת זה, ומכ"ש כשאמר בפירוש שמגרש בלא תנאי שאין הדברים שבינו לשליח עושים רושם בגט כלל".

תשובה נוספת המתייחסת למחלוקת מהר"ם לובלין עם חכמי דורו, מצינו בשו"ת משפטים ישרים (להג"ר רפאל ב"ר מרדכי ברדוגו ז"ל ממכנאס שבמרוקו, בתשובה מלפני למעלה ממאתיים שנה) ח"א סי' נח, ולהלן לשון התשובה - "איש אחד לא רצה לגרש ונדרו לו בקש"מ שיתנו לו סך כו"כ ויגרש, חייבים ליתן לו ואם לא נתנו לו באנו למחלוקת גדולים אשר לפנינו. מהר"ם מלובלין סי' קכ"ב פסק שהגט בטל, וכתב הב"ש בסוף סי' קמ"ה שכל גדולי הדור חלקו עליו, וכן נראה מדברי מור"ם אה"ע בס"ס קנ"ז שכיון שלא היה תנאי בשעת הגט כשר, והרואה יראה בתשובת מהר"ם מלובלין, שהודו לו רבים וצ"ע. שוב ראיתי בב"ח שתמה מאד על מהר"ם ז"ל וכתב שהוכיחו על פניו. גם מהר"ש ז"ל בסוף גיטין חלק ע"ז, והכי נקטינן".

כיון שבשעת נתינת הגט הוא אומר בפירוש שהוא מתרצה ליתן בלא תנאי, גמר ומגרש בכל אופן שיהיה, ואינו תולה הגירושין בתנאי כלל. ופשיטא שאין לדמות זה לתלוייהו ויהיב או גט המעושה שלא כדין דלא מהני אף על גב דאמר רוצה אני, וה"נ נימא דאע"ג דאומר בלא תנאי אומדנא דמוכח הוא שאינו מרוצה כי אם על תנאי. דהתם טעמא לפי שבלבו ובלב כל אדם שמה שאומר רוצה אני מחמת האונס קאמר, אבל בזה שנותן מרצונו ואומר בפירוש בלי תנאי, אין כאן לב כל אדם שיבינו את זאת שהוא אומר בלא תנאי ומ"מ דעתו בתנאי, דאם היה דעתו על תנאי היה לו לומר כן. ופשיטא שאין לומר דכיון שאי אפשר לכתוב בתנאי היה מוכרח לומר בלא תנאי, דאדרבא היא הנותנת דכיון שאי אפשר לכתוב בתנאי גמר בלבו שיכתבו בלא תנאי".

בהמשך דבריו כותב הבית אפרים דאף לשיטת מהר"ם לובלין אין להחמיר בכה"ג, וז"ל - "החילוק מבואר, דשם בליבו ובלב כל אדם שאינו מגרשה אלא לטובתה דלא תיפול קמי יבם, ואם היה יודע שיחזור לבריאותו והיא לא תרצה לשוב לקחתו, לא היה מתרצה בעבור שיקח העירבון מיד האשה. משא"כ כאן שהוא מרוצה בגירושין רק שרוצה ממון, ובחיוב הממון הוא סומך על השליש שיתן לו את שלו. וכמוכר שדהו באלף וזו וקבל שטר חוב על זה, דאף אם אין זה משלם לו, לא בטלה המכירה, אף דאנן סהדי שאם היה יודע שלא ישלם לו לא היה מוכר, מ"מ אין המכירה תלוי בזה, שעל הממון הוא סומך על השטר חוב שבידו. וה"נ בזה נראה שאם לא התנה מתחילה בפירוש רק מחמת אומדנא, אפילו אם אינו אומר בפירוש בלא תנאי ונותן סתם ואינו מזכיר תנאי, אין כאן אומדנא דמוכח שדעתו על תנאי די"ל שסומך על השליש, ומכ"ש כשאומר בפירוש בלא תנאי".

וע"ע בהמשך דברי הבית אפרים שהאריך להוכיח כדבריו מתשובת מהרי"ט מהרש"ל ושארית יוסף.

וכסברת הבית אפרים בדעת מהר"ם לובלין כתב בספר דברי חיים (להג"ר אויערבאך ז"ל) חלק אה"ע דיני גיטין סי' ב', וז"ל - "דוקא בגילוי דעת שאמר שאם יעמוד מחוליו תהיה לו לאשה דבזה אי אפשר להעמיד על זה שום בטחון מהני הגילוי דעת דמעיקרא ומתכוון שאם יבטל הג"ד לא יהיה גט, דאי אפשר לעשות ביטחון אחר ... ועוד דבעובדא דמוהר"ם לובלין שהיה שכיב מרע ונתן הגט משום פחד המיתה הוי אומדנא הידועה לכל ולא בעינן בגילוי דעת בשעת מעשה, וכמ"ש תוס' ר"פ השולח דהיכא שנודע לכל האומדנא מהני הג"ד אף שלא בשעת מעשה. אבל בענייני ממון, כיון שלא ידענו מעצמינו כן רק מחמת הג"ד שלו, בעי שיהי' הג"ד בשעת מעשה. אבל ג"ד מעיקרא לא מהני. דהא מעצמינו לא ידענו אם אינו חפץ בגירושין. דלפעמים מי שמתקוטט עם אשתו והוא והיא אינם רוצים וב"ז הוא חפץ בגירושין כדי שיוכל ליקח אשה אחרת. והרבה פעמים נודמן כן שרוצה לגרשה ואף נותן לה הכתובה כדי שיוכל ליקח אשה אחרת, ובפרט בעת שהוא חרם דרגמ"ה שלא יקח עוד

הנדוניא, וא"כ אין כאן שום אומדנא דמוכח לבטל הגט", עכ"ל. (וע"ע להלן בסוף דברינו, במה שהבאנו עוד מדברי תשובת פרי השדה).

וכן בשו"ת תועפות ראם (להגרא"מ טויבש ז"ל) חלק אה"ע סי' עב וסי' עז כתב בפשיטות שאף אליבא דשיטת מהר"ם לובלין אין לדון אומדנא אלא כשהיא בעיקר עניין הנישואין.

התועפות ראם הקדים מדברי הראב"ד בפ"ג מהלכות זכיה ומתנה ה"ח. הרמב"ם שם כתב - "ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראייה". וכתב על זה הראב"ד - "אע"פ שאין ראייה לדבר, זכר לדבר וטעם גדול יש לדבר, ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו א"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו. אבל גיטין וקדושין, אומדן דעתא הוא, מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש, אינו אלא כמפליג בדברים, וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב א"כ חזקו בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו כי כולם חזוק התנאי הם". וכתב על דבריו בתשובת תועפות ראם (סי' עז) - "מבואר להדיא דבגיטין וקידושין אין לנו לתלות באומדנות. וא"כ אפשר דגם המחמירים באומדנות וכמו הגאון מהר"ם התשובה, היינו בהיכא דהאומדנא בפעולת הגירושין וכן מוציא שם רע וכדומה דזה גורם קירוב וריחוק הדעת בענין אישות, אבל ודאי ענין ממון אי אפשר לחשבו אומדנא גבי גיטין וקידושין דתלי בקירוב וריחוק הדעת, וכמ"ש הראב"ד".

וכן הסכים עמו בספר אוריין תליתאי (להגר"מ תאומים ז"ל) סי' ב'.

נציין שסברא קרובה להקל במקרה שלא קויימה התחייבות שניתנה לבעל בטרם מתן הגט מצינו בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קכו שכתב - מאחר שהבעל מעוניין לגרשה ורק מבקש להרויח ממון בעקבות הגירושין, גם אם לבסוף נכזבה תוחלתו, אפ"ה אין ריעותא בעצם הרצון לגרש, וכעין סברא זו כתב שו"ת מהריא"ז עניזל סי' פא, והבאנו את דבריהם במלואם להלן בפרק ב'. וכל הפוסקים שהקלו במקרה שהטעו את הבעל בעת סדור הגט, ק"ו שיקלו בנידון דידן, אלא ששם רבו המחמירים מטעמים אחרים שאינן שייכים כאן.

העולה מדברינו - רוב האחרונים פסקו דלא כמהר"ם לובלין, וכן הכרעת הט"ז והב"ש. בנידון אי קיום הסכם גירושין י"ל שגם מהר"ם לובלין אינו מחמיר, וכמ"ש בתשובות בית אפרים תועפות ראם אוריין תליתאי ופרי השדה ובספר דברי חיים, לכן מכיון שהבעל אומר שהגט ניתן ללא תנאים, בדבריו אלו ביטל כל דיבור שיש בו משמעות אחרת.

נוסיף ונציין למש"כ בשו"ת ויאמר יצחק (להגר"ר יצחק וואליד ז"ל) חלק אה"ע סי' קלה בביאור מסקנת הב"ש סי'

והנה בשו"ת פרי השדה (להגר"ר אליעזר חיים דייטש ז"ל) ח"ד סי' כ' דן בשאלה המצויה בימינו, שהוסכם בין הבעל לאשתו בבית הדין על הסכם גירושין בו האשה מחלה לבעלה על תביעות שיש לה כנגדו ונתרצה לתת גט, "ואחר הגירושין היתה רוח אחרת עם אשתו ותבעה את הבעל בערכאות, ומתוך כך רצה רב אחד לומר שהגט פסול כדין גט מוטעה".

ובתשובתו כתב - "הכא בנ"ד אין ענין כלל לגט מוטעה, דכיון שהבעל מבטל קודם הגירושין כל התנאים והדיבורים שאם יהיה להם קיום יהיה ביטול לגט, מבטל מקודם כל אלו העניינים, כמבואר באה"ע סי' קל"ד סעיף ג' עי"ש ובסדר הגט. א"כ הרי חל הגט בתוקפו כאילו ניתן בלי שום תנאי כלל והגט כשר בלי שום חשש ופקפוק. ואין זה דומה כלל למ"ש בשו"ת מהר"ם מלובלין סי' קכ"ג דאפילו למאי דקיי"ל גלוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא מ"מ באומדנא דמוכח מהני גלוי דעתא לבטל הגט, ועיין בשו"ע אה"ע סי' קמ"א סעיף ס"ב, התם מיירי באופן שהיה שכיב מרע שבאמת לולי חליו לא היה חפץ כלל בגירושין ורק לטובתה נתרצה לגרש שלא תזקק ליבום. וא"כ אם עמד מחוליו אח"כ הוי אומדנא ברורה שאדעתא שהוא ישאר בחיים ויראה את אשתו מתרפקת בחיק אחרת לא היה מגרש אותה. משא"כ הכא בנ"ד אטו זהו הדרך שאם מוחלין לו הנדוניא שמגרש, ופשיטא דרוב אנשים לא היו מגרשים נשותיהם אפילו אם יתנו להם את כל הון ביתם. וזהו שרצה לגרש מסתמא שונאה ואינו חפץ בה. וא"כ איך נימא דכה"ג הוי אומדנא דמוכח שלא היה מגרש אותה אם לא במחילת הנדוניא. דמכיון שכבר הסכים בדעתו לגירושין, אדרבא אמרינן שהיה מתרצה בכל אופן, דמכיון שאינו רוצה לדור עמה הרי צריך לחוש גם לעיגון עצמו, ואמרינן שאפילו שאפשר שלא היה בא לביתו אם לא היו מחלו לו הנדוניא והתביעות שיש לאשתו עליו, מ"מ כיון שכבר בא וטרח כל כי האי אורחא רחיקא, לא היה מונע מלגרש כיון שצריך לחוש גם לעיגון שלו. ועוד דהכא הרי עושה איסור גמור אם אינו מגרש, דמי התיר לו לבגוד באשתו ולעגן אותה, ואפילו בשבת מותר לחבוש למי שרוצה להרחיק נדוד מאשתו ולעגן אותה, כמבואר בשו"ת שבות יעקב ח"א סוף סי' י"ד. וא"כ איך נימא דהוי אומדנא דמוכח שלא היה מגרש בלא מחילת הנדוניא בדבר שהוא מחוייב מן הדין לגרש אם אינו רוצה לדור עמה ... וא"כ בנ"ד אין שום פקפוק בזה הגט ... כיון שביטל כל המודעות בשעת נתינת הגט ובשעת כתיבת הגט, א"כ הוי כמגרש סתם וכשר, ואומדנא דמוכח לא הוי לבטל הגט כמ"ש כיון שאסור לו לעגן אותה ... כיון שגרש אחר כך בביטול כל מודעות וכל התנאים כמו שנהגו כל מסדרי גיטין, פשיטא דהגט כשר, דאפילו אם נימא שהטעוהו בכך מה שמחלו לו הנדוניא, מ"מ כיון שרשאי להטעות אותו בכה"ג והוא נתן אח"כ הגט בביטול כל מודעות אין שום חשש בזה. ובפרט כיון דבעיקר הגט באמת מרוצה דאם לא היה מרוצה לעיקר הגט, לא היה מתרצה אפילו על ידי מחילת

בנוסח המובא בתשובה זו, אפ"ה פשיטא ליה למהרש"ם שיש לבטל את הגט, ואינו מועיל מה שאמר לפני כן שנותן את הגט ללא תנאים.

ב. אין ערך לדברי הבעל הנאמרים בסדר הגט, אם אינו מבין משמעות דבריו. וכעין מש"כ המג"א בהלכות פסח (סי' תלד סק"ו) ביחס לנוסח של ביטול החמץ, וז"ל - "אם אמרו בלשון הקודש יצא, ונ"ל דהיינו דוקא כשיודע לפחות ענין הביטול שיודע שמפקיר חמצו, אבל אותם שאין מבינים כלל וסוברים שאומרים איזה תחינה פשיטא דלא יצאו, דהא ביטול מדין הפקר ובעינן שיהא פיו ולבו שוין", וכן פסקו האחרונים, ובכללם המ"ב סי' תלד סק"ט. ועיין בחתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' צו (הובא בקצרה בפת"ש סוף סי' קנד סדר הגט ס"ק יג), שהעלה מתוך דברי המג"א שמוצא שפתיו של הבעל שאמר שמבטל את הגט, אין בהם ממש אם נאמרו בלא כוונת הלב. ולפי זה ה"ה בכל דיבור שיש לו תוקף של קנין או שבדבריו הוא מבטל דיבור קודם וכדומה, אם אינו מבין את מה שאמר לא מהני. ולכן יש להסביר לבעל משמעות הדברים שהוא אומר בסדר הגט כולל זאת שהוא מודיע שהגט ניתן ללא תנאים. ולכמה שיטות שהבאנו, ענין זה לעיכובא, בכה"ג שהכשר הגט מבוסס על כך שהבעל ביטל דיבור קודם, שאמר קודם סידור הגט וגילה דעתו שהגט ניתן על דעת כן שהאשה תקיים את ההסכם.

לכאורה היה מקום לדון שגם אם הבעל לא הבין את נוסח סדר הגט, יועיל כדין המבואר בשו"ע חו"מ סי' מה ס"ג שאדם החותם על שטר בלא להבין את הכתוב בשטר, אפ"ה מחוייב בהתחייבויות המפורטות בשטר.

אך שאני התם דבהתחייבות ממון עסקינן, וילפינן מההלכה של שליש, שאדם יכול להתחייב התחייבות ממון כשסומך דעתו על מה שיאמר השליש, וה"ה כשחותם על שטר בלא לדעת מה נכתב בו, מחוייב בכל הכתוב בשטר, מאחר שבחתימה זו, החותם מודיע שסומך בדעתו להתחייב בכל ההתחייבויות המפורטות בשטר. אבל בביטול מודעות ותנאים, ביטול המודעה והתנאי מהני רק על יסוד ההלכה דאתי דיבור ומבטל דיבור. הרי שאם הדיבור הראשון נאמר על ידו בבירור, והדיבור השני נאמר בלא שהבין מה אמר, מסתבר שאין בכח דיבור כזה לבטל דיבור קודם. ואינו דומה לאדם החותם על שטר בלא להבין את תוכנו, דעכ"פ אותו אדם הבין שבחתימה זו הוא מתחייב, אלא שפרטי ההתחייבות אינם נהירים לו, ואף שחתם בלא להבין את פרטי החיוב, כוונתו להתחייב בהתאם למפורט בשטר. אך עכ"פ, ביחס לעצם ההתחייבות, קיימת גמירות דעת מוחלטת. משא"כ בנדון דידן, שהבעל לא ידע שבדבריו אלו הוא מבטל מודעה קודמת או תנאי. הדבר דומה למי שחתם על שטר, בלא לדעת שחתמה זו היא חתימה על שטר המחייבו ממון, ובלא להבין שבחתימה זו הוא מתחייב בהתחייבות ממון, שבנסיבות אלו נראה שלא יחוייב דבר מכח חתימה כזו.

קמה ס"ק טז לישב הדברים עם דברי הרמ"א בסדר הגט שהובאו בראשית דברינו. וז"ל - "מבואר מזה דאף שהבעל על דעת שישא אותה כשיעמוד גרש, וקבלו חרם על זה או נתנו משכונות, דאין לך גילוי דעת גדול מזה, אפ"ה אם אינה רוצה אח"כ לישא אותו, הגט כשר כיון שלא הזכיר התנאי בשעת הגירושין, כמ"ש. והגם שכתב מור"ם בהגה בסדר הגט סי' פא וז"ל וישאל אחר הרב בכתובה ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבואו אחר כך לידי קטט מחמת הכתובה שיאמר הבעל שעל מנת כן לא גרשה ע"כ. היינו דלכתחילה יעשו כן, לרווחא דמלתא כדי שלא יבואו לידי קטט וכו', אבל אין הכי נמי אין זה מעכב בגירושין כיון שלא הזכיר כלום בשעת הגירושין".

בסיום דברינו בפרק זה, להלן שש הערות חשובות.

א. מכיון שהבסיס האיתן לדון את הגט כמי שניתן לחלוטין הוא - אמירת הבעל במעמד סידור הגט שהגט ניתן ללא תנאים, הרי שיש להשגיח ולהקפיד שלאחר שהחלו בסדר הגט והבעל ביטל את התנאים, לא יחזור ויאמר דברים העלולים לעורר ספק. כגון שלא יאמר שהוא מגרש רק מכיון שהוא סומך על האשה שתעמוד בהסכם וכדומה. מכיון שדיבור כזה הנאמר במעמד סידור הגט, דיבור שלא בוטל אחר כך, גורם לגט להחשב כגט על תנאי לכמה דעות שהתבארו לעיל, אם קיימת אומדנא דמוכח שלא היה מגרשה אילו היה יודע שלא תעמוד בקיום ההסכם. ואף הבית אפרים שהאריך לחלוק על המשכנות יעקב, כתב שאם לאחר שהרב המסדר את הגט אמר לבעל שהגט ניתן ללא תנאים, הבעל לא התחשב בכך, ואמר שנותן הגט על דעת כן שתקיים את ההסכם, בכה"ג יש לחוש שהגט ניתן על תנאי.

וכן כתב מהרש"ם בתשובה ח"ז סי' פו, וז"ל - "על דבר הגט שגירש הר' מנשה ב"ר דוב את אשתו והתפשרו שתתן לו האשה הבית שיש לה, ע"י שתחתום לו קאנטראקט וע"ז השליש אביה טראטע על סך ת"ק ר"כ שאחר נתינת הגט תחתום לו את הקאנטראקט, וכן עשתה שחתמה לו הקאנטראקט אחר הגט, ואח"ז נודע ששלחה להגעיכט שלא יעלו את הקאנטראקט בטאבילאציע [=ספרי אחוזה] כי היא עוד צעירה לימים, באופן שאין בחתימתה ממש בדיני אומות העולם, והבעל מערער ע"ז על הגט. והנה מה שהאריך כת"ר במה שסיפר לו הבעל שהכפיל דבריו קודם נתינת הגט לרב המסדר ולהאנשים העומדים מסביב שידעו כי הבית הוא כל משענתו ושיחשבו עצה לבל יטעוהו, והרב ענה שלא יפחד וכדומה וא"כ הוי כתנאי בגט, אין לי עסק בזה כי מדינא אין הבעל נאמן בזה עד שיכתב בעדים, ומסתמא עשה הרב כדין בביטול כל תנאי שלא יהא הגט תלוי בתנאי כלל. ואם יברר בעדים שהוא כדבריו, יש ויש מקום לבטל הגט בפשיטות".

ומבואר מדברי מהרש"ם, שאע"פ שהבעל לא אמר להדיא שנותן את הגט בתנאי בדרך משפטי התנאים, אלא

כשהבעל מוסר גט לשליש, אך הבעל שאינו מבין כלל בענייני גיטין וסבר שהשטר הוא שטר ממון, ואינו מבין כלל כי שטר זה יוכל להוציא את אשתו ממנו, דגם בכה"ג יועיל ויהיה לגירושין אם השליש ימסור אותו לשם גירושין. אלא בהכרח שאין ללמוד מדין שלישי, אלא במקרה שבאופן עקרוני האדם מבין במה עסקינן, אלא שמטעם כלשהוא העדיף שלא להכנס לפרטי המעשה, ותולה דעתו בדעת אחרת או בפרטים הכתובים בשטר שחתם.

מלבד זאת, בהלכה של שלישי ובתשובת הרמב"ן, עסקינן במי שבמעשיו גילה דעתו שהוא תולה דעתו בדעת אחרים. בסוגיית שלישי, הבעל תלה דעתו בדעת השליש והסכים למעשיו, ובתשובת הרמב"ן האדם החותם על השטר בלא לדעת מה כתוב בו, תלה דעתו בדעת הסופר שכתב את השטר. במעשיו אלו למעשה הבעל או החותם, הכריזו כי אינו מעוניין להכנס לפרטים, ודעתו של השני מקובלת עליו. אבל היכן מצינו שהאומר נוסח מסויים בלא להבינו, שבעצם אמירת הנוסח הסכים לתלות דעתו בדעת אחרים שהם מתקני הנוסח, בלא שגילה דעתו בפירוש כי תולה דעתו בדעתם, ומסכים להתחייב בהתחייבויות שאינן נהירות לו.

על כן במקרה שהבעל אומר את הנוסח שבסדר הגט כתחינה בעלמא, בלא להבין דבר, ואינו מעלה על דעתו כי בדבריו אלו נשלל התנאי שקבע לפני כן להסכמתו לגירושין, יש לומר שאינו מועיל, ועל מסדר הגט להבהיר לו דבר זה.

ג. אם הרב המסדר אמר לבעל שהגט ניתן ללא תנאים והבעל אמר - "כן", ג"כ מהני, אף שהבעל לא אמר בפירוש בפיו שנתן ללא תנאים, אלא רק אמר "כן", וכמבואר בריב"ש סי' קכו (עמ' קלד בהוצאת מכון ירושלים ד"ה אמנם), לענין ביטול מודעות.

וכן בשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב בתשובת מהר"ר יוחנן בן מתתיהו ז"ל כתב תשובה באותו נידון שברבי"ש, וז"ל - "אפילו שהאמת היא שעניית אמן או הן כיוצא באלו הוי כאילו הוא פי' הביטול בעצמו, וכדאיתא בשבועות (לו). אחד העונה אחר השבועה כמוציא מפיו דמי, שנאמר ואמרה האשה אמן אמן. וגם בכל מקום הודאה על דבר הוא כמשיב הן והכפירה בלאו. וגם גבי ביטול מודעה כתב הרמב"ם ז"ל (הלכות גירושין פ"ו ה"כ) אם כן מה תקנה לדבר זה, אמור בפנינו שכל מה שמסרת שגורמים כשיתקיימו אותם הדברים לבטל גט זה הרי הם בטלים, והוא אומר הן. ומשמע שאין צריך שיאמר הוא כל הלשון, אלא שישב הן".

אך עיי"ש, וכן שם בסי' לא בתשובת רבי שמואל ב"ר אברהם, שאם הרב המסדר הזכיר בדבריו כמה עניינים ורק לבסוף הבעל אמר הן, ולא אמר הן על כל דבר ודבר, יש לחוש שדברי הבעל מתייחסים רק לנאמר בסוף. לכן אם הרב המסדר חוזר על ביטול מודעות וכן על כך שהגט ניתן ללא תנאים, על הבעל לומר אמירת הן לאחר כל עניין לחוד.

אך יש לציין שכפי הנראה תשובות אלו שבשו"ת הריב"ש החדשות אינן מתיישבות עם מה שפסק הטי"ז

אך ראיתי שבספר שו"ת מוהרא"ל (צינץ) או"ח סי' ג' חלק על פסק המג"א סי' תלד הנזכר, וז"ל - "הגם שהמג"א בסי' תל"ד כתב בפשיטות דאם אינו מבין לשון כל חמירא וסבורים שאומרים איזו תחינה דלא יצאו, דבהפקר בעינן פיו ולבו שוים. הגם שכתב כן בפשיטות, וכן כתבו האחרונים, לא כן אנכי עמדי, ונראה דאע"פ שאינו מבין כלום מ"מ כיון שזה אמר הלשון על דעת חכמים ומנהג ישראל, וידוע שאין שום בר ישראל המבין, מונע לומר כל חמירא בשביל שמבין שהוא ענין הפקר. א"כ גם זה אמר הלשון כפי מה שידונו בו חכמים, ואם ידונו עליו שהוא הפקר, ודאי אין דעתו להוציא עצמו מכלל ישראל ואומר על דעת חכמים, ומה שידונו בלשון זה, יקבל עליו. ואפילו להוציא ממון מצינו בחשן משפט סי' מה ס"ג הודאה בחתם ידו אע"פ שאינו יודע לקרות, מ"מ מתחייב במה שכתבו בו. וכתב בתשובת רמב"ן הטעם דהואיל ולא ידע לקרות, וחתם עצמו גמר בלבו להתחייב בכל מה שיהיה כתוב בשטר, כמו בעל אומר לפקדון דגמר בלבו שיהיה כאשר יאמר השליש ... וגדולה מזו מצינו בגמרא שבועות (דף כט) כשמשיעין אותו אומרים לו, לא על דעתך אנו משביעין אותך כי אם על דעת בית דין, וקאמר מ"ט לאו משום דאמרינן אסקונדרי יהיב ליה ואסיק שמייהו זוזי. הרי מפורש כשבית דין משביעין אותו, אע"פ שלבו על אסקונדרי ואין פיו ולבו שוין, אמרינן כיון דאמרינן ליה שישבע על דעת בית דין, בטלה מחשבתו לגמרי. כל שכן כשדעתו שיהיה בכלל דבריו על דעת מנהג ישראל, שאין מחשבתו נגד דיבור, דחל הביטול, אע"פ שאינו מבין רק מתכוין לומר כמנהג ישראל, מסתמא דעתו שיהיה קיים כפי משמעות הלשון, מאחר ובתום לבבו אומר כן, שהרי לבו שוה שיהיה כפי מה שמוציא בלשונו, אף שאינו מבין, וא"כ פיו ולבו שוים שיהיה כמשמעות לשון שהוציא מפיו, ושפיר הוה ביטול בכל אדם".

בהתאם לשיטה זו של מוהרא"ל צינץ ז"ל, יש לרדן לומר כן, אף ביחס לנוסח הקבוע בסדר הגט, שהונהג לומר בכל סידור גט. בעת באמירת דברים אלו, הבעל פיו ולבו שוים, שתחול המשמעות העולה מתוך נוסח זה, אף אם אינו מבין הדברים לאשורם, ואינו מבין כלל כי בדבריו בסדר הגט מבטל דיבור קודם שקבע תנאי בגירושין.

אך עיקר דבריו של מוהרא"ל צינץ ז"ל צריכים עיון, וסברת המג"א וסייעתו אינה נסתרת מההלכה של שלישי ומתשובת הרמב"ן. בנידון של ביטול חמץ, אם אותו אדם אינו מבין כי בדבריו חלה פעולה ממונית ברכושו, אלא סבור כי אמר תחינה בלבד, מנלן דאף בכה"ג מהני. שהרי במקור הדין, בתשובת הרמב"ן שהביא, האדם החותם על השטר, מבין כי בחתימתו מתחייב ממון, ואף שאינו מבין את פרטי ותנאי ההתחייבות מהני. והדין נלמד מדין שלישי, ובדין שלישי מצינו (במסכת גיטין דף סד.) שאם הבעל מסר שטר הידוע לו כגט פיטורין, וכמו כן ידוע לו שהכל תלוי בדעת השלישי, ובמקרה שהשלישי יאמר לגירושין, המסירה היא לשם גירושין. אך לא מצינו חידוש גדול יותר, שהוא הדין גם

שנותנו ללא תנאים, מתייחסים גם לציווי לשליח להולכה הנאמר לאחר זמן, לאחר שהסופר והעדים סיימו לכתוב ולחתום.

מהרש"ם בתשובה חלק ט' סי' קלא כתב אודות גט שסודר באמצעות שליח והבעל התנה עם השליח שלא יתן את הגט אלא לאחר שיחתם מסמך המבטיח שלא יתבעו אותו בעתיד, ולאחר שהמסמך נחתם, ניתן הגט. אך לאחר מכן חותמי המסמך מצאו דרך לבטלו בטענה שנחתם עקב אונס, והרב השואל תלה שאלה זו במחלוקת מהר"ם לובלין והסמ"ע.

והשיב מהרש"ם – "לענ"ד לא באנו לידי מדה זו. דהא כל טעם המקילין משום שביטל כל התנאים בשעת סידור הגט. אבל בנ"ד שנמסר הגט ליד השליח והותנה עמו שלא ימסור לה כל זמן שלא יחתום אביו ואשתו בנימוסיהם שקבלו המגיע להם והשליח נתן תקיעת כף שיקיים כן ג"כ, הרי קיי"ל דבשליח אין צריך משפטי התנאים כלל כמ"ש הב"ש באהע"ז סי' ל"ח ע"ש הרשב"א ור"ן, וא"כ הרי בעינן שיחתמו באופן המועיל בנימוסיהם ... וע"כ גם המקילים בעובדא דגט שכיב מרע שסידר הסמ"ע מודים הכא".

אמנם מהרש"ם איירי כשהבעל אמר בפירוש לשליח שלא יתן אלא בתנאי מסויים, אך עכ"פ, גם בסתמא עדיין אינו נחשב כאמירה מפורשת שהמינוי הוא ללא תנאי, ובכל מקרה שהקולא מיוסדת על אמירה זו, קולא זו אינה ברורה בגט הניתן באמצעות שליח.

ולפי דרכו היה ראוי להוסיף בנוסח מינוי השליח להולכה, שיאמר להדיא שהמינוי הוא ללא תנאים.

אמנם בספר מנחת פתים חלק אה"ע סי' קמה סעיף ט' השיב באותו נידון של מהרש"ם ולא חשש לטענת מהרש"ם. עיקר תשובתו באותו נידון תובא להלן, וכאן נציין רק את נקודת המחלוקת שלו עם סברת מהרש"ם.

וז"ל המנחת פתים - "בנ"ד לכאורה מצד אחד גרע מעובדא דמהר"ם לובלין, דשם הרי ביטל הבעל כל התנאים קודם הנתינה, ובזה נתבטל גם הג"ד והאומדנא. משא"כ בגרש על ידי שליח, כמו בנ"ד, כיון שהתנה עם השליח ואח"כ אין הבעל לפנינו לבטל התנאים והדברים הפוסלים, חמיר טפי ... שוב ראיתי דוה אינו דהא עיקר החשש, על גילוי דעת שקודם כתיבת הגט, דגילוי דעת שלאחר כתיבת הגט לאו מלתא הוא לכו"ע כמ"ש הב"ח בתשובה סי' צ"א. וכל הג"ד שקודם הכתיבה הרי ביטל הבעל לפני בית הדין בשעה שנתן הגט לשליח. ומה שהתנה עם השליח אחר כך שלא יתן הגט עד שתחתום לו הפטורין, הרי קיים השליח, ואי משום ג"ד של הבעל שלאחר נתינה לשליח, וג"ד זה לא ביטל הבעל אח"כ, זה לאו כלום היא, דהא ג"ד שלאחר נתינה לשליח לכו"ע לאו כלום היא למאי דקיי"ל ג"ד בגיטא לאו מלתא היא כמ"ש הט"ז סי' קמ"א סעיף ס"ב, ועיין פת"ש שם ס"ק ס"ג. על כן מעיקר הדין נלע"ד דהגט כשר".

באה"ע סי' קמה סק"ו. הט"ז כתב לענין גט שכיב מרע, וז"ל - "לפי מנהגינו ע"פ סדר גיטין להזכיר בפירוש בשעת נתינת גט לידה שמגרש מעכשיו בלי תנאי, וגם זה השכיב מרע יזכור כן ... וכל זה לכתחילה, אבל אם אירע שלא הזכיר בפירוש בלא תנאי, אין פסול כלל כמ"ש מו"ח ז"ל בסי' קמ"ח. תו נראה פשוט דאם אומר הרב המסדר לפני ענין הגט של שכיב מרע דיגרש את אשתו שלא תזקק ליבם או חליצה אלא שאין אנו מגרשין על תנאי כלל והיא מגורשת ממנו לגמרי אלא שאחר כך חייבת לישא אותו וכן הוא מתנה שחייב הוא לחזור ולישא אותה מחדש, אז אין צריך להזכיר בפירוש שלא על תנאי, כי בודאי על דעת הרב הוא מצוה לכתוב וליתן. דאפילו באמירה של האשה אמרו בפרק איזהו נשך דף ס"ו דהוא יהיב אדעתא דידה ואזלינן בתר דיבורה אי לאו משום דשם הוה פיטומי מילי, כמ"ש התוס' שם על מה שאמרו בגמרא קמ"ל. וא"כ כ"ש שאזלינן בתר דברי הרב המסדר, דהבעל יהיב על דעה שלו, דאדעתא דהכי יהיב או מצוה ליתן".

ועיין בשו"ת בית אפרים (שם) סי' עב (עמ' רצד) שהביא את דברי הט"ז והסכים עמו להלכה.

ד. לעיל הבאנו את דברי נתיבות המשפט בסי' רז ס"ק יט בדין אסמכתא, מש"כ על השו"ע שפסק דמהני להתחייב בדרך חכמי ספרד. בהמשך דבריו כתב הנתיבות - "גם נראה דאם אמרו לו בפירוש להתחייב, התחייב עצמך בקנין בלא תנאי והוא ימחול לך אחר כך על תנאי, דלא מהני. דהוי כאילו קבל קנין על תנאי, דהא אם לא ירצה חבירו למחול לו על תנאי, הרי יכול לחזור בו מהקנין שלו, דאדעתא שימחול לו על תנאי הקנה לו".

לפי זה אם בעת סידור הגט, הרב המסדר את הגט יאמר לבעל, אתה תתן את הגט בלא תנאי, והאשה כבר תמלא את ההתחייבויות שלה שהתחייבה בהסכם הגירושין. בנסיבות אלו יש לחוש שהבעל תלה את נתינת הגט בלא תנאי במילוי התחייבויות האשה, וכסברת הנתיבות. אלא מוטל על הרב המסדר להודיע לבעל שחלות הגט אינו תלוי ואינו מותנה בשום דבר שבעולם. וכמו שהבאנו לעיל בשם מהרש"ם שכתב - "מסתמא עשה הרב כדין בביטול כל תנאי שלא יהא הגט תלוי בתנאי כלל".

ה. אמנם בסדר הגט הנהוג, הבעל מודיע שנותן הגט ללא תנאים, אך בנוסח מינוי השליחות לשליח להולכה, אין אומרים שמינוי השליח הוא ללא תנאים, ואם הבעל יודיע לשליח שלא יתן את הגט אלא אם יושלמו תנאים מסויימים, השליח אינו רשאי לחרוג מהוראות אלו. וגם כשלא נאמרו תנאים ברורים אלא קיימת אומדנא ברורה, יש לדון בכל מקרה לגופו, אך עכ"פ בכל מקרה שהקולא נובעת מפני אמירת הבעל שנותן את הגט ללא תנאי, קולא זו אינה קיימת כשהגט נמסר באמצעות שליח, מאחר שבעת הציווי לשליח, הבעל אינו אומר שהמינוי הוא ללא תנאים, וקשה לומר דבסתמא דברי הבעל שנאמרו קודם לכתובת הגט

פרק ב

גט מוטעה - כשהבעל הוטעה עוד לפני סידור הגט

בנידון לעיל בפרק א', בעת מתן הגט לא קיימת הטעייה, אלא לאחר זמן התברר שההבטחות וההתחייבויות לא מולאו כפי שטוב מראש עם הבעל. אך להלן נדון במקרה שעוד טרם סידור הגט הטעו את הבעל, והטעייה זו הביאה את הבעל להסכים לתת גט, וקיימת אומדנא ברורה שאילו מעיקרא היה יודע את האמת לא היה נותן את הגט. כגון שטוב שהבעל יקבל חפצים מסויימים בטרם מתן הגט, ובעת הגירושין הבעל הוטעה שחפצים אלו אכן הועברו אליו כמסוכם, אך למעשה לא קבל את המבוקש.

אך בתחילה נבהיר את המושג "גט מוטעה" כפי המצוי בגמרא. במסכת יבמות דף קו. נאמר - "ת"ר חליצה מוטעת כשרה גט מוטעה פסול". ומפרש רש"י דחליצה מוטעת היינו חליצה על תנאי, והחליצה כשרה אף שלא נתקיים התנאי, מכיון דחליצה ליתא בשליחות, ומילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, משא"כ גט דאיתיה בשליחות איתיה בתנאי.

הרי שהמושג "גט מוטעה" כפי המתפרש בגמרא, הוא גט הניתן בתנאי, ולבסוף התברר שהתנאי לא התקיים.

יש מקום לברר מה הדין ב"גט מוטעה", במשמעות הנזכרת, דהיינו שהבעל הוטעה ובעקבות הטעייה זו הסכים לתת את הגט.

נחלקו בשאלה זו גדולי האחרונים, ומצינו שלש שיטות עיקריות.

א. שיטת המשאת בנימין - בספר משאת בנימין סי' עו שהשיב בנידון הגט מווינא, כתב - "אע"ג דאמרינן בפרק מצות חליצה, חליצה מוטעת כשירה גט מוטעה פסול, התם לאו בכה"ג שהטעו אותו בדברים בעלמא, אלא מיירי התם שהחולץ או המגרש התנה בתנאי כפול כגון שאמר על מנת שתתן לי מאתיים וזו אז תהיה החליצה או הגט כשרים ואם לא נתן יהיו הגט או החליצה פסולים. בכה"ג הוא דאמרינן חליצה מוטעת כשירה גט מוטעה פסול, כמו שפרש"י שם וגם הרא"ש. וטעמא דמילתא, דכל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן התנאי בטל והמעשה קיים". אבל בלא"ה אינו נקרא מוטעה.

ומוסיף המשאת בנימין בעובדא של הגט מווינא - "אכתי איכא למידק בנ"ד לפי דברי המערערין שאומרים שמעולם לא היה שכיב מרע, אך שע"י סם שהשקוהו וע"י הרופאים שהעמידו עליו לומר שהוא מסוכן התרצה ליתן גט ... הכא כל עצמו של הגט מעיקרו בטעות הוא שאלמלא היה יודע המגרש שאינו שכיב מרע לא היה עולה על דעתו ליתן גט מעולם והם המה שהטעוהו טעות זו, ואיכא כאן ריעותא בעיקר הגט בתחילתו אף אי ליכא כאן תנאי כלל מ"מ הוי טעות בגט. הא נמי ליתא, דהא תנן בפרק השולח המוציא את אשתו משום איילונית רבי יהודה אומר לא יחזיר וחכמים אומרים יחזיר ... והשתא אליבא דחכמים אע"ג דלא

וע"ע בספר היכלי שן תליתאי סי' נ' שגם הוא השיב על אותו נידון, והסכים עם סברת המנחת פתים, שאם השליח מילא את שליחותו כפי שנאמר לו, אין לחוש מפני האומדנא שמעיקרא לא רצה לגרש אם האשה תמצא דרך להתחמק מקיום ההסכם, ויחשב כגילוי דעתא בגיטא וקיי"ל דלאו מילתא הוא.

ו. בספר דברי חיים דיני גיטין סוף סי' ב' כתב שאמנם אם הבעל לא התנה תנאי גמור אלא רק בגלוי דעת, והג"ד של הבעל היה שלא בשעת סדור הגט בכה"ג אין להחמיר, "מ"מ אף שאין הגט בטל אף כשלא נתקיים כפי הגילוי דעת דמעיקרא, אעפ"כ ראוי שהבד"צ יראו לכופה לקיים הדברים, ושלא לעשות נבלה כזאת וכן לא יעשה בישראל".

ולעיל הבאנו מתשובת מהרש"ם ח"ה סי' מג שבסיום תשובתו כתב - "ע"כ נלפע"ד דהגט כשר. ואמנם מבואר בח"מ סוס"י טו וכמה דוכתי דיוכלו הבית דין לגזור על האשה שלא תנשא לאיש אם אינה מחזרת מה שגזלה, ועיין שבות יעקב ח"ג סי' קכא בזה, ולכן גם בנ"ד יעשו כן".

סיכום פרק א

כשנערך הסכם גירושין ולאחר הגירושין התברר שהאשה לא קיימה את חלקה בהסכם, אין לחוש לביטול הגט, גם אם בעת המו"מ המקדים לגירושין, הבעל אמר שהגט ניתן על דעת כן שהאשה תעמוד בהתחייבויותיה שבהסכם. לשיטת התוספות (אליבא דהמהר"ם אלשיך המהרש"ל והסמ"ע) ותוספות הרא"ש אין לחוש כל זמן שהגט ניתן בסתמא והבעל לא הוסיף תנאי לגירושין, ולא אזלינן בתר אומדנא שכוונתו לגט הניתן בתנאי. ואף לשיטת החולקים על התוספות או לשיטות שפרשו אחרת את התוספות, אין לחוש אלא אם הבעל אמר דבריו במעמד סידור הגט או בזמן הסמוך לו, כל שהיו עסוקין בענין הגירושין.

יתירה מזו כתבו הסמ"ע והבית אפרים שאין לחוש, מפני הסברא שהבעל לא תלה את חלות הגירושין בקיום ההסכם, ובכל הנוגע לקיום ההסכם הוא סומך בדעתו על הפרשנים. וה"ה בנידון דידן י"ל שסומך דעתו על כך שניתן תוקף מחייב וחוקי להסכם הגירושין.

מאז הונהג סדר הגט שהבעל אומר שהגט ניתן ללא תנאים, בכל גווניו אין לחוש לכל דיבור אחר שנאמר קודם לכן, ואתי דיבור אחרון ומבטל דיבור קודם. וזו דעת רוב האחרונים, וכן הכריעו הסמ"ע הב"ח הט"ז והב"ש, וגדולי אותו דור לרבות המהרש"א והמשאת בנימין, שהסכימו עם הסמ"ע. וכן פסקו הלכה למעשה הרבה אחרונים ובהם הנודע ביהודה והבית אפרים וערוך השלחן. ושלא כדעת מהר"ם לובלין בעל הלבוש שכתבו להחמיר בנידון הגט מווינא, והסכים עמם המשכנות יעקב שלא לסמוך על דברי הבעל שאמר שהגט ניתן ללא תנאים.

בדבריו תנאי זה שאם יקום מחוליו. (אמנם הסמ"ע שסידר את הגט מוינא, לא הסכים לסיפור המעשה כפי שנכתב בלשון השאלה במהר"ם לובלין והאריך בתשובתו לברר שהבעל כלל לא הוטעה, ע"ש).

ג. שיטת הנודע ביהודה - הנודע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סי' יא דן אודות אשה אחת שבעלה הכה אותה פעמים רבות ועקב כך בקשה להתגרש, אך הבעל סרב, העצה שיעצו לה היתה שתאמר לבעלה שזינתה תחתיו וכך יתרצה לגרשה, ואכן כך עשתה. ומכיון שהבעל האמין לאשה הורה הרב לבעל שעליו לגרשה. לאחר הגירושין התברר שהאשה שיקרה והבעל שואל אם יכול להחזירה למרות שהוציא אותה משום שם רע.

וכתב הנודע ביהודה - "כאן שהרב הורה לגרשה ועפ"י הוראת הרב שהאשה נאסרה עליו גרשה, עדיף מכפליה למילתיה, דהרי יש דברים שלא מיבעיא שאין צריך תנאי כפול אלא אפילו אין צריך להזכיר התנאי כלל, וכמ"ש התוס' במסכת קידושין דף מט: (ד"ה דברים שבלב) דדברים שאנן סהדי לא בעי תנאי כפול ... והכי נמי אין לך אנן סהדי יותר מזה שהרב הורה שמחמת זינתה והוא מאמין לדבריה חייב לגרשה ועפ"י הוראה זו גרשה, א"כ ודאי מחמת זה גרשה. ואף שמ"מ אין לבטל עכשיו הגט מחמת זה כיון שאמר בפירוש בשעה שגרשה, שמגרשה בלי תנאי וביטל כל התנאים כנהוג בינינו בשעת סידור הגט, מ"מ לא גרע מכפליה למילתיה, לכן נלענ"ד שהבעל אסור להחזיר גרושתו" עכ"ל הנודע ביהודה. (עיין בפתחי תשובה אה"ע סי' סק"ג שהביא את דברי הנודע ביהודה).

עיקר עניינה של תשובה זו לברר שהאשה אסורה לחזור לבעלה, אך מתוך דברי הנודע ביהודה עולים שני דברים נוספים -

א. הנודע ביהודה אינו סובר כמשאת בנימין, שהרי לדעת הנודע ביהודה אילו לא ביטל כל התנאים כנהוג בסדר הגט, הגט נחשב כגט הניתן בתנאי, דהיינו בתנאי שאכן האשה זינתה וכפי שאמרה לבעל, והנודע ביהודה אינו מסכים בזה לדעת המשאת בנימין שיש חילוק בין ממון לגיטין וקידושין.

ב. לדעת הנודע ביהודה אמירת הבעל בסדר הגט שמבטל כל התנאים מועילה, אף כשהבעל הוטעה בנתונים כפי שהוצגו לפניו בטרם מתן הגט, ואפילו אם ההטעה גרמה לשיקול דעת מוטעה אצל הבעל בעצם ההחלטה לגרשה, כגון בנידון שבנודע ביהודה שהבעל סבר בטעות שהאשה אכן נאסרה עליו ומחוייב לגרש.

ועיין באבני מילואים סי' י' סק"ב, למרות שהאבני מילואים חולק על עיקר מסקנת הנודע ביהודה שאסר להחזירה, ולדעת האבני מילואים אין כאן דינא דהמוציא את אשתו משום שם רע, מפני שלא הוי ככפליה למילתיה, אך בשאלת חלות הגט הסכים האבני מילואים למסקנת הנודע ביהודה, ולדעתו ענין זה דומה לנידון בפלוגתת האחרונים בעובדא דהגט מוינא, שאמנם לדעת מהר"ם

כפליה לתנאיה מאי הוי, סוף סוף כשיתגלה הדבר שאינה איילונית נתברר הדבר שבשעת הגט טעות היתה, שהרי הוא אומר בפירוש שמשום איילונית הוא מוציאה וטעות הוא בידו ונמצא הגט בטעות. אלא ודאי דאע"ג דבשעת גירושין איכא טעות, כל כמה דלא כפליה לתנאי בשעת גירושין אמרינן דגירושין גמורים הן, דבכל ענין מגרשה בין תהיה איילונית בין לא תהיה איילונית, אף כאן בנ"ד כיון דסתם קא יהיב גיטא, דעתו על גירושין גמורין בין שהוא שכיב מרע בין שהוא בריא. עכ"ל.

העולה מדברי המשאת בנימין שאף אם הבעל לא אמר שהגט ניתן ללא תנאים, כל עוד לא התנה תנאי כפול בעת מסירת הגט, הגט בתקפו ללא כל תנאי אף כשהבעל הוטעה, ואף שקיימת אומדנא דמוכח וגילוי דעתו של הבעל שאילו ידע האמת לא היה מגרשה.

כפי הנראה, שיטה זו מבוססת על דעת הסוברים שיש לחלק בין ממון לגיטין וקידושין, דהיינו שיטת התוספות בגיטין (אליבא דפירוש מהר"ם אלשיך והמהרש"ל שהבאנו לעיל).

ב. שיטת מהר"ם לובלין - מהר"ם לובלין בתשובה סי' קכב האריך לפסול את הגט שסדר בעל הסמ"ע בוינא, ובתוך דבריו (בד"ה מכל הלין) כתב - "ועוד שהרי הטעו אותו באותה התקשרות גופיה ואלו היה יודע שאין באותה התקשרות ממש ובדעתם להוציא ממנו את אשתו פשיטא שלא היה מגרשה. אם כן נראה בעיני שגט זה דומה להא דאיתא פרק מצות חליצה, חליצה מוטעית כשירה גט מוטעה פסול, שזה גט מוטעה גמור הוא. ואע"ג שמסיק שם היכי דמי חליצה מוטעית שאומרים לו חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתיים זו, דבכה"ג גבי חליצה כשירה משום דלא חייל בה שום תנאי משום דלא אפשר ע"י שליח ולא דמי לתנאי בני גד ובני ראובן, וכה"ג גט מוטעה פסול משום דחייל בזה תנאי משום דהא אפשר ע"י שליח, משמע דלא מיקרי גט מוטעה אלא כשהטעו אותו בממון דרך תנאי. מ"מ פשוט הוא דלאו דוקא האי טעות פסול גבי גט, דכל שכן אם אומרים לו תן לה גט ואח"כ תשוב אליך ותנשא לך ונעשה לך בטחון והתקשרות, והוא נתן לה אדעתא דהכי והטעו אותו ולא עשו לו בטחון גמור, פשיטא דכל שכן הוא שפסול, דזה טעות גמור הוא". והוסיף מהר"ם לובלין שאף המהרש"ל מסכים עמו בזה, שמש"כ המהרש"ל בסי' כה שאינו גט מוטעה היינו כשהבטיחו לבעל שיתנו לו לאחר הגירושין סכום ולבסוף לא נתנו לו, אבל בנידון של טעות בעיקר ההסכמה לגירושין, גם מהרש"ל מודה שהוא גט מוטעה ופסול.

ומכיון שבעובדא שדן עליה מהר"ם לובלין, בגט מוינא, הגט סודר כנהוג, (עיין בשו"ת הב"ח החדשות סי' צ' ספור המעשה בפירוט), והבעל הסכים להוראת הרב המסדר את הגט, שהגט ניתן ללא תנאי, ואפ"ה סבר מהר"ם לובלין שאין בכך קולא, ולשיטתו באותו נידון אמנם הבעל הודיע שהגט ללא תנאי אך היתה אומדנא דמוכח שודאי הבעל לא כלל

וחלקן עוסקות בהטעיה אחרת, שהבעל הוטעה לחשוב שקיים מצב מסוים שהגירושין הכרחיים, ולבסוף התברר שהבעל הוטעה לחשוב כך כדי שיתן גט. (כמה מהאחרונים שהחמירו בזה לא חילקו בין שני סוגי ההטעיה, ודנו בדברי הנודע ביהודה בתוך דבריהם שדנו בשאלת הטעיה בקיום ההסכם, למרות שהיה מקום לחלק בין סוגי ההטעיה).

עייין בפתחי תשובה סי' קלד סק"א שנראה מדבריו שהסכים לחוש לפסול גט במקרה שהבעל אומר במפורש שלא יתן הגט אא"כ יתמלא תנאי מסוים, ועקב כך מעכב את מתן הגט, והטעוהו שהתנאי התמלא, ורק אח"כ הסכים לתת את הגט.

וכן בשו"ת חסד לאברהם מהדורה קמא חלק אה"ע סי' מב כתב בנידון שהאשה תבעה מהבעל שיפרנס את בנם שנשאר בחזקתה ולאחר מו"מ התרצה לתת גט בתנאי שתפטור אותו מדמי המזונות, ולאחר מתן הגט התברר שהבן כבר מת מזה זמן רב וכל התביעה של האשה לתשלום מזונות הבן היתה ברמאות. והעלה החסד לאברהם להחמיר מכיון שקיימת אומדנא דמוכח וגילוי דעת שהבעל גרש רק מכיון שלא יכל לעמוד בתשלום המזונות, ואילו ידע שהבן כבר מת לא היה מגרש, לכן האשה אסורה להנשא עד שתקבל גט שני. והוסיף החסד לאברהם - "פשוט דאין לסמוך בזה על מה שאומר המגרש בלי תנאי בשעת נתינה כנהוג בזמנינו, דגם הביטול היה בטעות שהיה ברור בעיניו שהולד חי, והנודע ביהודה שסמך שם על ביטול התנאי היינו לבטל אומדנא דמוכח דדברים שבלב אינן דברים כשסותרים דברים שבפה, אבל בזה שבפירוש השלישה שטר חיוב להספקת הולד שיהיה מונח ביד ב"ד עד שתקבל גט פיטורין, וגילוי דעת חשוב כתנאי ממש, והרי בשעה שאמר בלי תנאי היה גילוי דעת הזה בפה מלא שמגרשה אדעתא דהכי, וע"כ מה שאמר בלי תנאי לא קאי על תנאי זה שמחזיק בו עד סופו, וגם זה לא נחשב כלל לתנאי הואיל והיה ודאי אצלו שהוא חי ומיתה הוא אונס דלאו אדעתיה ולא מיבעיא ליה לאתנויי כמבואר בריש כתובות, ואין בזה מקום לבטל מה שאמר בפירוש, דטעותא לעולם חוזר".

(אך עייין שם בתשובת חסד לאברהם סי' מג שכתב להקל במקרה שההסכם היה שהאשה תחזיר חפצים מסויימים בטרם הגירושין והבעל הקפיד על מילוי ההסכם, ולאחר הגירושין התברר שחסרים מעט חפצים, וכתב להקל משני טעמים, גם מטעם שאין גילוי דעת שאינו מעוניין בגירושין אם לא תחזיר, אלא רק רצה לזרזה להחזיר הכל, וכן מטעם שמוכח דסבר וקבל שהרי יכל לבדוק ולא בדק, ונאריך להלן בנקודה זו, עכ"פ בעיקרו של דבר כתב החסד לאברהם לחלק בין הנידון בסי' מב לנידון שבסי' מג).

ובספר ערך שי על אה"ע ססי' קלד החמיר בנידון שהוסכם שהבעל היה אמור לקבל חזרה לפני סידור הגט כמה מרגליות טובות, אך הטעוהו ונתנו לו זכויות הדומות למרגליות, ובעת סדור הגט הבעל לא הרגיש בכך, מכיון

לובלין הוי גט בטעות, אך כל חכמי הדור נחלקו עליו, ולכן בנידון הנודע ביהודה ס"ל לאבני מילואים שהגט בתקפו ללא תנאי.

(וע"ע בשו"ת חתם סופר אה"ע ח"א סי' כה מש"כ לדון בדברי הנודע ביהודה. וע"ע בשו"ת דברי חיים ח"ב אה"ע סי' פה שהבאנו להלן, שנראה שיחמיר בנידון הנודע ביהודה מטעם אחר, דהוי כאנוס מחמת הוראת הרב שנאסרה עליו).

סיכום - מצינו שלש דעות,

א. דעת המשאת בנימין שגם במקרה שהבעל הוטעה הגט אינו נפסל, ודבריו מבוססים על דברי התוספות בסוגיא בפרק השולח.

ב. דעת הנודע ביהודה שבמקום שהבעל הוטעה וקיימת אומדנא דמוכח שאילו ידע את האמת לא היה מגרש, הגט בטל מעיקרו. אך מכיון שלמעשה נוהגים בהתאם לסדר הגט, והבעל אומר שנותן הגט ללא תנאים, לכן הגט אינו מתבטל.

ג. דעת מהר"ם לובלין שהגט בטל כדין מקח טעות ולא יועיל מה שהבעל אומר שנותן הגט בלי תנאים.

שיטת הרבה אחרונים הסוברים כמהר"ם לובלין רק במקרה שהבעל הוטעה

אמנם המהר"ם לובלין החמיר בין כשהבעל הוטעה עוד בטרם סידור הגט ובין כשהגט ניתן על יסוד התחייבות האשה ולבסוף היא לא עמדה בהתחייבות. אך מצינו הרבה אחרונים בתשובותיהם שכתבו לחלק בזה. והחמירו רק במקרה שבעת מסירת הגט הבעל מוטעה וסבור שהתקיימו הדברים עליהם עמד. להלן נביא את דבריהם.

לדעתם אם בומן מסירת הגט לא היתה שום הטעיה, גם אם אמנם הבעל סמך על האשה שתקיים את ההסכם שסוכם ביניהם בטרם מסירת הגט, לכל היותר יחשב כתנאי בגט, וכגון בגט שכיב מרע שהאשה הבטיחה לבעל שאם יחזור לבריא אותו יחזור וינשא, בזה אמרינן אתי דיבור אחרון שאומר שנותן הגט ללא תנאי ומבטל דיבור ראשון, דהיינו את האומדנא דמוכח שהתכוון לתת את הגט בתנאי. ולא סבירא להו כמהר"ם לובלין שהחמיר גם בזה, אלא כהכרעת האחרונים ובראשם הט"ז והב"ש בסוף סי' קמה שדחו את שיטת מהר"ם לובלין. אבל במקרה שהבעל הוטעה עוד בטרם מסירת הגט, ואילו היה יודע האמת לא היה נותן את הגט, בכה"ג לא יועיל מה שאומר שנותן את הגט ללא תנאים, מפני שאף אמירה זו היא בטעות, וכשם שקנין בטעות בטל, ה"ה אמירה זו בטלה ואין בכוחה לבטל הדיבור הראשון שהגט ניתן על דעת כך שהתמלאו תנאים מסויימים. ובמסקנתם זו חלקו אותם פוסקים על המשאת בנימין וכן על שיטת הנודע ביהודה והאבני מילואים.

בדברינו להלן יובאו הדעות הסוברות כן, חלקן עוסקות בהטעיה שהבעל הוטעה בקיום ההסכם, כגון שהבעל התנה הסכמתו לתת גט בתמורה מסויימת שבקש לקבל עוד בטרם הגט, והטעו אותו לחשוב שקבל ולבסוף התברר שרימו אותו.

ד"ה זבין, שמסיק שיש שלשה חילוקים, וכאן הוי גילוי דעת דמוכח, שגילה דעתו לאשתו שאינה מגרשה עד שתסלק לו ואם לא סילקה לו אינו גט כלל ואינו צריך כלל לשום תנאי. ואתפלא מאד על המחבר חכמת אדם ששם היה ג"כ מעשה כזה שהאשה הטעתה את האיש שנתנה לו סחורה רעה ודימה זה למעשה של הסמ"ע שהביא מהר"ם לובלין שהכשירוהו חכמי הדור. דהתם הוי על להבא, לכן אמרינן כיון שנתן הג"פ כעת ולא התנה דיני התנאים לא מהני אפילו גילוי דעת. משא"כ כאן דכבר נתנה בתורת סילוק רק שהטעתו, בודאי אינו גט כלל. וגוף שו"ת אלשיך ורש"ל ותשובות גאוני בתראי אין בידי עתה לעיין בהם, ואולי שם נמצא ממש מעשה כזה של החיי אדם. וע"כ לפענ"ד ישתדל או שיתחברו הזוג יחד מחדש, או שהאשה המגורשת תפצה לבעלה ליתן לה ג"פ מחדש כי היא גרמה לעצמה שהטעתה את בעלה, וכן לא יעשה בישראל. וכן שמעתי מגדול אחד שמעשה כזה היה בקהילה אחרת ודנו ג"כ ליתן ג"פ אחר. אך אם אי אפשר בשום אופן להשיג ממנו ג"פ אחר ולהתחבר עמו ג"כ א"א, אזי עוד חזון למועד ונשאל לגדולי הדור כי זו שאלה גדולה מאד" עכ"ל.

הגרי"א הרצוג ז"ל בשו"ת היכל יצחק אה"ע ח"ב סי' מט (ובספר פסקים וכתבים הגרי"א הרצוג שי"ל לאחרונה כרך ח' סי' קע"ג) השיב בשאלה שהערימו על הבעל שדרש מתן תרומה למוסד, והביא מדברי תשובת זכרון יעקב וכתב על זה - "והרב גרבו נ"י מצדיק את הבינת אדם ז"ל ששם היה באופן שלא סילקה את החפץ לידי הבעל קודם נתינת הגט, אלא השלישה את החפץ כדי שיהא בטוח שיגיע לידי הבעל, ואם כן נמצא דהתנאי הוא ג"כ תנאי על מעשה דלהבא שיעשו כך וכך, והוא נותן לה הגט על תנאי זה ואח"כ יתנו לו החפץ, דהאי השלשה לא נקרא עדיין שסילקה לו החפץ. משא"כ בעובדא שבא לפני בעל השו"ת זכרון יעקב שכבר סילקה את הכסף ליד הבעל לפני סידור הגט וכו'. עד כאן תוכן דבריו.

אומר אני שיש אמנם לחלק בין שתי העובדות אך לא מטעמו. שבעובדא של הבינת אדם ז"ל, היה ודאי אצלו שהשלישו, והיה ודאי אצלו שהשליש ימסור לו מה שהשלישו, אלא שרימו אותו בחפץ אחר, או שרימו את השליש, או שהשליש רימה והוא סמך עליו, והוא הימניה לשליש ושליש נאמן, וכדאמרינן בגיטין ס"ה. אלא ההבדל הוא שכאן עשו הרמאות בשעת סידור הגט, ובצירוף מה שהשתנו מקודם לפני סידור הגט, הוה כמו שפירש בשעת הגט שהוא נותן הגט תמורת הכסף, והיינו שהראו על השולחן את הכסף ומנו בפניו ונתנו במעטפה והניחוהו על השולחן ואח"כ עשתה בערמה שהחליפה המעטפה, וזה גרע טפי, כמוכן, והוה כמוכר חפץ במחיר ידוע ונתן לו הלוקח מטבעות מזויפות שהמקח בטל. משא"כ בנדון דידן שהכל נעשה מקודם, עכ"ל תשובת היכל יצחק. ועיי"ש במסקנת התשובה לחלק בזה בין אם דובר על התנאי במעמד סידור

שאינו מומחה להבחין בזה, ורק לאחר זמן, אחרים המומחים בכך, הודיעוהו שהטעו אותו. הערך שי כתב - "לדעתי הוי גט בטעות אף שלא התנה בפירושו וליכא ג"כ אומדנא דמוכח זולת הגילוי דעת, וגם אם נאמר גילוי דעתא בגיטא לא מהני אף באופן כזה שהיה קודם המעשה, מ"מ הכא בטעות היה והימניה לחותנו שמחזיר לו מרגליותיו, ולא עלה על דעתו צד הספק להתנות. גם מה שביטל קודם הגט כל תנאי לא מהני, דזה אינו תנאי כלל דלא ידע כלל מהצד השני. גם מה שביטל כל דיבור ופעולה שעשה שאפשר שיוזק לגט וטעה וכסבור שאינו מזיק, גם זה לא מהני, דהכל בטעות מחמת שסמך על חותנו דהחזיר לו מרגליות שלו וליכא שום דיבור ופעולה שיוזק לגט, על כן אמר כל זה".

הערך שי הסכים עם דברי החסד לאברהם והוסיף להוכיח כן מדין מקח טעות, וז"ל - "עיינן בחו"מ סי' רלב ס"ז דאם פרש המוכר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול, דיכול לומר סברתי שאין בו מום עיי"ש. הכי נמי יכול לומר על ביטול התנאים סברתי שאין כאן מום וטעות". ועיי"ש בערך שי שנשאר בצ"ע על דברי הנודע ביהודה שלא כתב כן.

וכן מצינו בעוד אחרונים שכתבו להחמיר במקום שהטעו את הבעל בהשלשת חפצים, כן פסק בשו"ת ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא) אה"ע סי' צ' (עיי"ש שהחמיר במקרה שהבעל היה אמור לקבל תכשיט משובץ מרגליות והאשה השלישה אותו ביד שלישי ולבסוף התברר שהאשה הוציאה מהתכשיט כמה מרגליות). וכן בשו"ת שערי דעה ח"ב סי' קלד העלה שיש לחלק בין תנאי לעתיד, לטעות בעת סידור הגט, דבכה"ג לא מהני מה שהבעל אומר שנותן הגט ללא תנאי. וכן פסקו להחמיר בזה בספר מלבושי יו"ט ח"ב אה"ע סי' ז', ובשו"ת עמק שאלה אה"ע סי' קטז וסי' קיז.

ובשו"ת זכרון יעקב (להג"ר יעקב מבויסק ז"ל) סי' מח נשאר במי שאשתו הטעתה אותו והשלישה ברשותו מעטפה שהבעל סבר שיש שטרי כסף ולבסוף התברר שהיו בה רק ניירות, והשיב לפסול את הגט, וז"ל - "הגט פסול, והוא ממש מה שאמרו חז"ל ביבמות דף ק"ו גט מוטעה הוא פסול. כי זה אינו דומה כלל לנותן ג"פ על תנאי כך וכך על להבא, כי אז סברא דעה ראשונה שבעינן כל דיני תנאי. משא"כ בדבר שכבר נעשה כי יען שמוסר הג"פ לידה ואינו מתנה בכל דיני התנאים, יש לומר שמסתמא מחל לה ומסר אפילו אם לא יתקיים התנאי שאילו היה דעתו דוקא שיתקיים התנאי היה מדבר עתה מזה. משא"כ כאן שהיא מסרה לו קודם לזה הכל, רק שהטעתו, מה לו להתנות בדבר זה. הלא הוא ממש כמוכר דבר לחבירו בעד מנה וסילק לו לפי דעת המוכר, ונתן לו ניירות קרועים בעד זה, השייך בזה תנאי כפול או שארי תנאים, דודאי המקח ממילא בטל, אפילו אם יתנה עמו שמוכר לו בלי תנאי שבעולם, וגם התנה עמו שכל הדברים שיאמר לבטל המכירה הלזו היא בטל, היתכן שיתקיים המקח. כי לפי דעתו קיבל הכל. ועיינן תוס' כתובות דף צ"ג

למה שגילה דעתו מתחילה, ואין לך אומדנא וגילוי דעת יותר מנ"ד שגילה מתחילה על מה הוא מגרשה, וכל שלא נתקיימה דעתו ומחשבתו, הגט בטל, דגילוי דעת הוא כותנאי גמור בכל משפטי התנאים כנ"ל, וכל שלא נתקיים התנאי, המעשה בטל. ופשוט דאין לסמוך על מה שאומר שמגרש בלי תנאי בשעת נתינה כנהוג בזמנינו, דגם הביטול היה בטעות לפי שהאמין לדבריהן וא"כ לא שייך לומר שביטול זה בשעת נתינה כמובן. ועוד והיא העיקר דבני"ד היו כל הגירושין בטעות מעיקרא, שידוע שאלמלא היה יודע שכל דבריה בשקר ובערמה לא היה מתרצה לגרשה בשום אופן, ואף שלא היה בזה תנאי, גט מוטעה מיהא הוי, ואח"כ כשנתגלה שיקרה, איגלאי מילתא למפרע שהיה גט בטעות ובטל מעיקרא, ולכן איתתא זו עדיין באיסור אשת איש ואסורה לעלמא, עד שתגרש שנית".

ובשו"ת ברכת יוסף כתב את שתי הטעמים, וז"ל - "לא מועיל מה שמבטל לפי המנהג כל התנאים, כיון דאנן סהדי דדעתו ולבו על התנאי שקודם הנתינה. וגם בנדון דידן ביטול התנאים היה בטעות שסבר שכבר התקיים התנאי".

וכן מצטרפת לדעת המחמירים, דעתו של הגאון מקוטנא מח"ס ישועות ישראל, אלא שדעתו להקל במקום עיגון, הדברים מובאים בספרו של חתנו שו"ת נפש חיה. בחלק אה"ע סי' לו האריך הנפש חיה לדון בנידון שהטעו את הבעל לפני סידור הגט ונתנו לו פתק מאמו שקבלה את החפצים שהוסכם שהבעל יקבל, ואח"כ התברר שהפתק היה מזויף, הגאון מקאליש בעל הנפש חיה נטה לצרף כמה סניפים להקל, ובעיקר עפ"י דעת הנודע ביהודה והאבני מילואים שאף במקום שהבעל הוטעה מועיל מה שאומר בשעת סידור הגט שנתן הגט ללא תנאים, אך לבסוף הביא את מסקנת חותנו הגאון מקוטנא שהחמיר בזה והורה שאין להקל אלא במקום עיגון גדול.

הגאון מקוטנא סיים - "עכ"פ נראה לענ"ד להחמיר להחזיר לאיש הנ"ל החפצים ולחוש שמא היתה דעתו על תנאי להחזיר לו החפצים, ושמא עפ"י דין מגיע לו החפצים, וכל מה שאפשר לתקן על הצד היותר טוב מהראוי לתקן". כוונתו שאף במקום עיגון שלא ניתן לקבל מהבעל גט שני, עכ"פ מה שאפשר לתקן צריך לתקן, ולכן יש להחזיר את החפצים שנמנעו מתחילה לתת לו.

בענין זה אי מהני החזרת החפצים לבעל אחר הגט, ע"ע בשו"ת ברכת יוסף סי' צ' ובשו"ת בית שלמה אה"ע ססי' קמג ובשו"ת עמק שאלה אה"ע סי' קיז ובשו"ת תשורת שי סי' תכח במש"כ לדון בזה.

ראוי לציין שאף לדעות אלו, שהחמירו בהטעיית הבעל בטרם סידור הגט, היינו דוקא כשהבעל אמר בבירור שאינו נותן גט אלא לאחר שיקבל דברים מסויימים, משא"כ כשעשו הסכם, והבעל לא אמר שכל הסכמתו לתת את הגט תלויה בזה. הפת"ש סי' קלד סק"א הביא את מש"כ הבינת אדם להקל במקרה שהבעל התפשר בטרם מסירת הגט שיתנו לו

הגט, למקרה שהכל הוסדר קודם לכן ובשעת הגירושין הצהיר בפני בית הדין כנהוג שנותן את הגט ללא תנאים, שבזה יש להקל במקום עיגון.

וע"ע בשו"ת דבר משה (להג"ר משה תאומים ז"ל) מהדו"ת סי' כז שהחמיר במקרה שהטעו את הבעל שצדיק אחד הבטיח לו שאם יגרש אשתו ויחזירנה הבן החולה יבריא, ולבסוף האשה סרבה לחזור ולהנשא. וכן החמיר בכעין זה בשו"ת בת עיני סי' א'.

וע"ע בשו"ת תשורת שי סי' תיט שהחמיר במקרה שהושלש סכום כסף ביד שלישי והבעל היה אמור לקבלו אחר הגירושין, אך לבסוף השליש סרב למלא שליחותו, וכפי הנראה זו היתה ערמה מלכתחילה בין השליש לאשה. (תשובה זו לשיטתו בספרו ערך שי שהובאה לעיל).

יצויין שהאחרונים שהזכרנו, כתבו שתי סברות שונות מדוע לא יועילו דברי הבעל האומר שנותן את הגט בלא תנאים. הפתחי תשובה כתב - "היכא שאמרו לבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה, בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אחר כך שנותן בלא תנאי לומר שמבטל תנאי הראשון, די"ל כוונתו הוא רק על תנאי דלהבא, אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא".

לעומת זאת, החסד לאברהם והערך שי סוברים שדברי הבעל שאמר שנותן ללא תנאים מתבטלים, דומיא דמקח טעות שבטל, דאנן סהדי שאם היה יודע האמת לא היה אומר.

ובשו"ת שער דעה (שם) כתב - "יש לחלק בין מקום שענין ההטעייה היה בדררא דממונא על להבא, דבכה"ג כיון דלא ברירא לן אומדנא שעל ידי זה היה פורש מלגרש, רק דאמרינן שהיה מתנה בזה, וכיון שהיה בידו להתנות ולא חש להתנות בהדיא ואדרבה אמר בהדיא שמגרש בסתם, שוב הו"ל כדברים שבלב שאין בידם לבטל המעשה. משא"כ במקום שענין ההטעייה היה בדבר שכבר עבר והוא האמין לזה ולא עלתה על לבו להתנות, גם אם אין הדבר נופל בגדר תנאי כלל, הנה בכה"ג גרע טפי דהו"ל כטעות בעיקר הענין כיון שלא עשה אלא על דעת זה. וכדוגמא ההיא דגיטין דף מ"ו גבי גבעונים ורבנן התם מי חיילא שבועה עלייהו כלל, כיון דאמרי ליה מארץ רחוקה באנו ולא באו לא חיילא שבועה עלייהו כלל עי"ש. הרי אע"ג במקום שלא חש להתנות, כל שאנן סהדי שהיתה דעתו סומכת לזה הו"ל כטעות, וה"נ בני"ד. ואע"ג דפשיטא שאין לדמות ענייני גיטין לעלמא, לפי שהוא נעשה בהסכם חזק ואין האומדנא בזה ברורה כל כך, מ"מ נלפענ"ד עפ"י דבמקום שיש צירוף אומדנות גדולות בהטעייה בדבר העבר אין להקל כל כך באיסור אשת איש, וטוב להצריך גט אחר".

וז"ל שו"ת דבר משה (תניינא) סי' כז במסקנתו (בנידון שהוזכר לעיל) - "גילוי דעת הבא לבטל מה שעתידי לעשות, לכו"ע מילתא היא, דכל מה שעושה אחר כך הוא עושה

מדברי הר"ן בחידושו לגיטין (מה.), והוא נובע מדברי הרמב"ן שכתב לחלק דכי בעינן תנאי גמור, ה"מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בני ג' ובני ראובן, אבל מגרש על דעת מה שעבר בגלוי דעתא לחוד מיפסל ע"כ. וע"כ כוונתו הוא זה שבארנו לחלק בין לשעבר דסגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקידושין, אבל בדבר שהוא להבא כמו אדעתא למיסק לא"י, גבי גיטין וקידושין, לא הו"ל למסמך על גלוי דעת בלבד, והו"ל להתנות בהדיא. אבל גבי ממון, הא מהני גלוי דעת מעלייתא אף בדבר דלהבא ואפשר לקיימו או לבטלו, כמו מוכר אדעתא למיסק לא"י. וע"כ כוונת הר"ן הוא לחלק זאת גבי גיטין וקידושין. מ"מ אם איכא גלוי דעת ואומדנא דמוכח הרבה כמו גבי שכיב מרע, מהני אף בתנאי דלהבא אף גבי גיטין וקידושין. דהא הרמב"ן והר"ן הם עומדים בשיטת רש"י והר"ח דמפרשים דמן הדין שכיב מרע אף אם נתן גט סתם, אם עמד חוזר, ורק מטעם תקנת חכמים אינו יכול לחזור. אלא ע"כ כוונת הרמב"ן והר"ן הוא היינו היכא דעל הגלוי דעת ליכא אומדנא דמוכח כל כך, כמו משום שם רע אני מוציאה, מ"מ סגי בגלוי דעת לחוד דזה הוה תנאי דלעבר, אבל בלהבא כה"ג לא סמכינן על גלוי דעת בלבד גבי גיטין וקידושין משום דהו"ל להתנות בהדיא. כנ"ל לבאר דבריהם."

מסקנת המלבושי יו"ט - "המתבאר מכל דברינו אלה לדינא, דאם הטעתו בתנאי דלשעבר ויש אומדנא דמוכח דמחמת זה נתן הגט מפני שטעה, דהיינו אם נתנה לו סך כך וכך כדי שיתן לה הגט, והטעתו במטבעות מזוייפות, או שנתנה לו חפצים שאינם שלה, ואח"כ באו הבעלים ולקחו ממנו החפצים, ודאי דהוי גט מוטעה ממש, ואף שנתן הגט בלי שום תנאי נמי לא מהני בזה משום דזה לא הו"ל לאסוקי אדעתא שמטעין אותו ... אולם אם הטעתו בתנאי דלהבא כגון שהבטיחה לו לתת לו מעות בסך כך וכך, ונתנה לו שטר חוב על זה, ואף שאנן ידעינן ברור דמחמת שהוא היה בטוח בזה שבודאי תסלק לו כפי מה שהבטיחה לו ועל כן נתן הגט, מ"מ נראה אם אחר כך לא סלקה, לא בטל הגט, כיון דזה הוא תנאי דלהבא, א"כ הו"ל לאסוקי אדעתא ולהתנות בהדיא, וכיון שהוא סומך על השטר חוב ולא התנה, אין לנו לחוש אף אם לא תקיים אחר כך, וכ"ש אם נתן בפירוש את הגט בלא תנאי, וזה הוה ממש עובדא דווינא שהורו חכמי הדור דלא כדעת המהר"ם לובלין."

וכן הבאנו לעיל את דברי המהרי"ט והבית אפרים והבית יצחק שכתבו שאין לחוש אם בעתיד לא יקיימו את ההסכם שסוכם עם הבעל בטרם סידור הגט.

שיטת הגרי"א ז"ל בשו"ת עין יצחק

מצינו שגם הגאון רבי יצחק אלחנן ז"ל מקאוונא כתב להחמיר כדעת האחרונים שהזכרנו. בדבריו מצינו שנשען על שתי סברות שונות, כשבאר מדוע לא מהני אמירת הבעל שהגט ללא תנאים.

חפצים, ואח"כ טען שרימו אותו בחפץ אחד. והפת"ש דן בדבריו, ובסוף דבריו כתב - "ומ"מ בגוף הדין יפה הורה כיון שמתחילה לא היתה קפידא מהבעל בפירוש שיהיו החפצים כמו שאומר עתה ובאם לאו לא יתן הגט, רק היה גילוי דעת ואומדנא, וזה ודאי לאו כלום הוא כמו שהאריך הרב בעל בינת אדם שם."

החילוק בין הטעייה הקיימת בעת סידור הגט למקרה שאין מקיימים את התנאי לאחר סידור הגט

כפי שכבר כתבנו, הפוסקים שהבאנו דנים בהטעייה הקיימת בעת סידור הגט, כגון שהבעל קבל מטבעות והתברר שהם מזוייפות אך הוא אינו מבחין בכך. אבל אם הבטיחו לבעל לעשות דבר מה בעתיד ולא קיימוהו עדיף טפי ואינו כהטעייה. סברא זו, לחלק בין תנאי האמור להתקיים בעתיד לתנאי שעבר, מצאנו בפתחי תשובה.

הפתחי תשובה סי' קלד סק"א הביא את דברי ספר בינת אדם (לבעל החיי אדם) שהקל במקרה שהבעל הוטעה ולאחר הגט התברר שחסר אחד מהחפצים שהיה אמור לקבל או שנמצא שהוא מקולקל, וכתב הפת"ש דמש"כ הבינת אדם להשוות נידון דידיה למעשה הגט בוינא אינו ברור, וז"ל הפת"ש - "לכאורה נידון זה לא דמי לדהתם, דשם גם לפי דברי הבעל שהקישור בחרם ובמשכונות שיחזרו וישאו זא"ז חשוב כאילו התנה, עכ"פ הוא ענין תנאי דלהבא, בזה שפיר כתב כיון שנתן אח"כ הגט בפירוש בלי תנאי ביטל תנאי הראשון. אבל היכא שאמרו לבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה, בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אח"כ שנתן בלא תנאי לומר שמבטל התנאי הראשון, די"ל דכוונתו הוא רק על תנאי דלהבא אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא."

הרי מבואר בפת"ש החילוק העקרוני בין תנאי להבא לתנאי לשעבר.

וכן בספר מלבושי יו"ט ח"ב חלק אה"ע סי' ז' הסובר לפסול במקרה שהטעהו את הבעל בטעות לשעבר, כתב - "אח"כ התבוננתי דאף לפי מש"כ דגבי גיטין וקידושין מהני גלוי דעת מעלייתא לבטל הגט או הקידושין, וזה דוקא היכא דזה הוה תנאי לשעבר דשם סגי בגלוי דעת לחוד, היינו אם גלה דעתו שאינו רוצה לקדשה אלא דוקא אם היא כהנת והיא אמרה לו שהיא כהנת, וכן בגיטין אם גלה דעתו שאינו רוצה לגרשה אלא דוקא אם היא אסורה עליו, וכה"ג דשם דהוה לשעבר סגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקידושין. אבל בתנאי דלהבא לא סגי בגלוי דעת לחוד גבי גיטין וקידושין, אע"ג דגבי ממון מהני. דהיינו אם אחד גרש את אשתו אדעתא למיסק לארעא דישראל והיא אינה רוצה לעלות עמו, אף שגלה דעתו בשעת גירושין שלכך הוא מגרשה מפני שרוצה לעלות לארץ ישראל, מ"מ אם אחר כך לא עלה מחמת איזה סיבה, לא בטל הגט. ולמדתי זאת

ועל הביטול לתנאים זהו הכל בעד הסך שנותנים לו בהשלשה, וכיון שנחסר סך מה מהשלשה, א"כ הוי כמו דמוכר חפץ בעד איזה סך ונחסר דבטלה המכירה. וה"ה הכא בטל הריצוי שלו על הגט ועל הביטולים להתנאים. והנה בספר בינת אדם שער בית הנשים סי' לב על השאלה שנחסר איזה חפץ או רימוהו רע על היפה, ושקיל וטרי שם הרבה, ולפי מש"כ יש לפקפק בדבריו.

הרי שהעין יצחק כתב סברא חדשה, שהדברים שסוכמו עם הבעל שיקבל בטרם הגט, אינם רק כתנאי לגירושין כפי שנקטו שאר האחרונים, אלא זהו כעין מחיר שהאשה שלמה לבעל תמורת הסכמת הבעל לגירושין, ומחיר המקח אינו תנאי למקח אלא תשלום המחיר הוא חיוני לחלות המקח, ולכן לא יועילו דברי הבעל שהגט ניתן ללא תנאים.

סברא זו כמובן אינה שייכת במקום שהבעל לא הוטעה בהשלשת חפצים וכדומה, אלא הוטעה בעצם הצורך בגירושין, (אך גם בכה"ג החמיר הגרי"א שם בסי' לו).

והנה בספר פסקי דין מבתי הדין הרבניים כרך ה' עמ' 80 בפסק דין מבית הדין הגדול (בהרכב הגרי"י נסים ז"ל והגר"ב זילטי ז"ל ויבלח"א הגרי"ש אלישיב שליט"א) כתבו לדחות את סברת העין יצחק עפ"י דברי הרמב"ן בחי' למסכת יבמות דף קו. עיי"ש (בד"ה הא) שהרמב"ן חידש שאם התנה לחלוץ על מנת שתתן לו מאתיים זוז, אף שהחליצה אינה בטילה אם לא תתן מכיון שחליצה מוטעת כשירה, מ"מ מחויבת לתת מדין שכירות. והוסיף הרמב"ן דבכה"ג בגט, כשחלות הגט תלויה בקיום התנאי, ל"ש לדון שחייבת מדין שכירות שהרי כל זמן שלא נתנה לא נגמר המעשה ביניהם. בתוך דבריו הזכיר הרמב"ן אפשרות שאף בגט קיים מקרה שתתחייב לשלם מדין שכירות, וז"ל - "חיונה אחריו ואמרה לו תן לי גט ואתן לך מאתיים זוז ואע"פ שאם נתן סתם חייבת ליתן". וכתבו שם בפד"ר דמדברי רמב"ן אלו מוכח דלא כסברת העין יצחק במה שהשוה את התשלום בגירושין לקביעת מחיר במקח, שהרי במקח וממכר כשקבעו מחיר למקח, התשלום אינו רק תנאי לקיום המקח, אלא המקח מעיקרו בטל ללא תשלום המחיר, ואילו בנידון שהבאנו מהרמב"ן חזינן שהגט לא בטל עקב אי תשלום המאיתים זוז, ובע"כ אין דומה תשלום בגירושין לתשלום במקח, ולא שייך לדון שהמאיתים זוז הם כמחיר לגירושין. אלא או שהתשלום רק תנאי, ורק אם הדברים נאמרו בהתאם למשפטי התנאים יש בכוחם לבטל הגירושין, או לכל היותר אף אם נחמיר מכח גילוי דעת שלפני מתן הגט, הרי בכל מקרה צריך לדון לגופו ולברר האם היה גילוי דעת לתלות הגט בתשלום.

ובמחילה מכת"ר של חברי ביה"ד הגדול, אין מדברי הרמב"ן פירכא לסברת העין יצחק. דהרמב"ן דייק בלשונו דאיירי שהאשה מחזרת אחר הבעל והתחייבה לשלם מאתיים זוז אם יתן גט, וזוהי כתב הרמב"ן שחייבת מדין שכירות. אבל הבעל מצידו נתן את הגט בסתמא, כמבואר ברמב"ן. ומכיון שהבעל כלל לא קבע מחיר להסכמתו לתת

במקום אחד, בדבריו בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' לו ס"ק כו, כתב הטעם דהוי כעין מקח טעות דבטל. וז"ל שם (בדבריו ביחס לגט מוינא) - "אף החולקים על המהר"ם לובלין, כמו הב"ח והסמ"ע והמשאת בנימין, טעמם הוא כיון שמבטל כל תנאים בעת סידור הגט ונתנית הגט ע"כ נתבטלה האומדנא שלו ג"כ. א"כ זה לא שייך רק היכא דלא היתה טעות שהטעו אותו בפירוש מענין עבר, אלא הבטחה בעלמא, דאף די"ל דהוי כעין תנאי מ"מ הא נתבטל התנאי ע"י ביטול כל תנאים כפי הנהוג האידנא. אבל היכא דעשה עיקר הגט ע"י מה שהטעתו בענין עבר וסומך עליה שלא תשקר משום דהוי עביד לאיגלויי כנ"ל. כיון דנתבאר דבכה"ג הגט בטל דאף דנתן לה גט. עכ"ז הא היה באונס מה שהטעהו, א"כ ה"ה אף שאומר שמגרשה בלא תנאי ומבטל לכל תנאים עכ"ז הא גופא היה בטעות ואונס לבו, וכמו דמבטלינן הגט ע"י זה, ה"ה דמבטלינן ע"ז אף ביטולו לתנאים, דכל זה היה בטעות מעיקרא, והוי כל זה כמו הך דגט מוטעה דיבמות (דף קז) דפסול".

העין יצחק לשיטתו, פסק שם בסי' מ' לפסול גט במקרה שהאשה הסכימה שעוד לפני הגט תקבל על עצמה בחרם שלא תדור יותר בעירו של הבעל, ורק לאחר שנאמר לבעל שקבלה חרם התרצה לגרשה, ואח"כ התברר שהטעהו ולא קבלה על עצמה את החרם.

אלא שבדבריו שם בעין יצחק (סי' מ') מצינו סברא חדשה להחמיר בנידון שאנו עוסקים בו, וז"ל - "זה ברור ופשוט לדעתי באם גמרו עם הבעל המגרש ליתן עבורו בהשלשה סך מעות כמה יתנו לו וישלישו עבורו, ולא קיימו בהשלשה כפי הסך שגמרו עמו אף דינר אחד שנחסר מסך החשבון שגמרו עמו בעד ריצוי שלו בהגט, ודאי דהגט בטל, ואף דלא היה בדיני תנאי כפול וכה"ג, משום דסך הקציצה דהושוו עמו בעד רצונו בהגט זהו כמו דהיה תנאי כפול, ולא בעינן לזה דיני תנאי כלל. כדמוכח בקידושין (דף ח) התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר אינה מקודשת, ולא אמרינן דהא לא הו"ל תנאי כפול, משום דקציצת המחיר בעד הקידושין בעינן דיהיה כמו שהיה המדובר בפירוש כמה יהיה המחיר. וה"ה במקח וממכר היכא דהתנה שישלם לו בעד המקח ולא שילם לו כפי הסך שקצב עמו, אף דמשך החפץ, הוי גזל למפרע בידו, כמבואר באה"ע סי' קכ בח"מ סק"ה".

העין יצחק מוכיח בהמשך דבריו, שהקציצה של מחיר המקח אינו כתנאי במקח, דאם אכן היה כתנאי היינו כפופים לגדרי תנאים. אלא הטעם הוא שאם לא שלמו את מחיר המקח בטל למפרע הריצוי לעצם המקח. ולפי"ז גם ביחס לגוי שאינו בתורת שליחות וליתא בתנאי, מ"מ אם קנו ממנו ולא שלמו לו את מחיר המקח, המקח בטל מעיקרו מפני שאינו מתרצה למכור.

ולכן העלה העין יצחק - "לפי זה אף האידנא שנהגו לבטל כל תנאים בעת הגט, עכ"ז הא הריצוי שלו על הגט

נתחייב בדמיו, ואילו במקבל מעות לגרש, לא נימא דכשקיבל המעות נתחייב לגרש בתשלומי המעות". וכמו בסוגיא בפרק חזקת הבתים הנ"ל שהאשה אינה מחוייבת להתקדש לאחר שקבלה את כל נכסיו.

ושם בסי' קסח הוסיף הקובץ שעורים לבאר דעת הראשונים שגט אינו כמכר ולא יוכלו לכפותו לגרש תמורת קבלת המעות – "דבמכר עיקר מכירתו בשביל המעות שאם לא יצטרך למעות לא ימכור. אבל בגט אפילו יתנו לו מעות, אינו סיבת הגט, שאם היתה ביניהם אהבה ושלו, אפילו יתנו לו כל הון ביתו באהבה בוו יבוז לו. ומש"כ רשב"ם דכיון דאינו מקבל ממון בגט, ר"ל כמו במכר, דאינו דומה קבלת מעות בגט, לקבלת מעות במכר וכו'".

העולה מדברינו, שמסוגיא זו במסכת ב"ב וכן משיטת הראשונים שפסקו שלא יועיל מתן מעות להכשיר גט מעושה, מוכח דלא כסברת העין יצחק, אלא המעות שהבעל מקבל אינן כתשלום תמורת הריצוי לגירושין, והם יחשבו כהתחייבות נפרדת, ואין לבטל למפרע את הריצוי עקב אי מתן המעות.

עכ"פ להסיר כל ספק מן הראוי לנסח בהסכם הגירושין שקבלת המעות או החפצים הם בהסכם נפרד ואינם תמורת מתן הגט.

ובעיקר שיטת העין יצחק, יש להעיר מדבריו בחלק א' אה"ע סי' יז ס"ק כה, יעויין שם שדן במקרה שבהסכם שהושג בטרם גירושין האשה התחייבה להניק את הבן, ולאחר הגירושין חזרה בה ואינה מקיימת את ההתחייבות, וכתב הגרי"א ז"ל שם - "ולדון בזה מצד אומדנת הבעל דלא גירשה רק ע"ת שתניקה לבנו לא שייך לדידן. דקיי"ל כהחולקים על מהר"ם לובלין בתשובה סי' קכ"ב. דכתב הב"ש סי' קמ"ה ס"ק ט"ז דכל חכמי הדור חולקים עליו ע"ש וכמש"כ הבינת אדם בשער בית הנשים סי' ל"ב ע"ש כיון דמבטלין לכל התנאים בעת הגט, ע"כ אין לנו לחוש להאומדנא ע"ש. ובפרט בנ"ד דזה לא הוי אומדנא ברורה כ"כ ע"כ ברור ופשוט דהגט כשר בפשיטות ואין לנו לחוש כלל", ובתשובה זו לא נחית הגרי"א ז"ל לדון מכח הסברא שהזכיר בתשובות הנזכרות לעיל.

שיטת כמה אחרונים שהקלו גם כשהבעל הוטעה בטרם הגירושין

לעומת הדעות שהבאנו לעיל, המחמירות כשהבעל הוטעה בקיום הסכם הגירושין או בהטעה אחרת, מצינו כמה מהפוסקים שכתבו שאין לחוש לכשרות הגט במקרים אלו. שנים מהפוסקים המובהקים מלפני כמאה וחמשים שנה נשאלו על אותו מקרה. והם מהרי"א עניזל שהיה תלמידו של בעל קצות החשן, והג"ר אברהם תאומים ז"ל נכדו של בעל נתיבות המשפט בעל שו"ת חסד לאברהם.

הנידון היה שהאשה היתה צריכה להחזיר לבעל חפצים שונים בטרם הגירושין, והבעל הקפיד שלא לתת הגט כל עוד

את הגט, ככה"ג גם העין יצחק מודה שהגט אינו כמקח שלא שולם עבורו התשלום. עיין בלשון העין יצחק שהבאנו לעיל, שהעיקר תלוי בכך שסיכמו עם הבעל סכום כסף בעד הריצוי שלו לגרש וכשהתברר לבסוף שלא שילמו הרי בטל הריצוי שלו למפרע. ואילו בנידון שבדברי הרמב"ן מפורש שהבעל כלל לא התנה את הסכמתו לגירושין בתשלום. שאם הרמב"ן איירי שהבעל אמר שנותן את הגט רק מכיון שהאשה התחייבה במאתיים זוז, לא היה הרמב"ן צריך לאוקמי את הנידון שהביא ככה"ג שהאשה מחזרת אחריו וכו', די בכך שהרמב"ן היה מציין שהבעל תבע מאתיים זוז והודיע שהוא עומד על כך שבתמורה לגירושין האשה תשלם מאתיים זוז. אלא משמעות דבריו שהבעל כלל לא עמד על כך, ולמרות זאת מכיון שהאשה התחייבה במאתיים זוז, עליה לשלם את הסכום מדין שכירות.

אך עיקר דינו של העין יצחק קשה טובא, מסוגיית הגמ' במסכת ב"ב דף מ: - "ההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה אי כתבת לי כולוהו נכסיך הוינא לך, ואי לא לא הוינא לך, אזל כתביה לה לכולוהו נכסי, אתא בריה קשישא, א"ל וההוא גברא מה תהוי עליה אמר להו לטהדי זילו אטמורו בעבר ימינא וכתבו ליה, אתו לקמיה דרבא, אמר להו לא מר קנה ולא מר קנה".

והרי באותו מקרה, האשה קבעה שהריצוי שלה לקידושין הוא תמורת כל נכסיו. ואע"פ כן הקידושין חלים למרות ביטול המתנה ללא ידיעתה. ובהכרח שאינו דומה להא דהתקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר שאינה מקודשת, שמגמ' זו הוכיח העין יצחק את דינו, מפני ששם המנה השלם הוא כסף הקידושין והריצוי לקידושין אמנם מותנה בשלמות המנה. משא"כ בהסכמים שקדמו למעשה הקידושין, אין לראות בהם תשלום לריצוי.

ובספר חלקת יואב דיני אונס ענף ו' כתב על סוגיא זו - "לכאורה קשה דלמה מקרי מתנה, הלא הוי כמכר ממש, דהרי יש לו אשה בעד נכסיו ... אך באמת לק"מ, כיון שנתן לה כסף קידושין בפני עצמו ואין הנכסים כסף קידושיה, על כן יש על הנכסים תורת מתנה".

ועיין בספר קובץ שעורים עמ"ס ב"ב סי' קע שבאר סוגיא דפרק חזקת הבתים (ב"ב מ:): וכתב מדנקטינן בסוגיא שהעברת כל נכסיו לאשה נחשבת כמתנה ולא כמכר, הרי שאין היא תמורת דבר שקבל. ולכן גם אילו המקדש היה נותן את כל נכסיו לאשה "אין לומר שנתחייבה האשה להתקדש לו בתשלומי הנכסים, ומשום דלא מקרי מכר ככה"ג, אלא שתי מתנות הן, דהוא נותן לה מתנה והיא מתקדשת לו".

וכתב הקובץ שעורים לבאר את שיטת הריב"ש סי' קכז שלא אמרינן שאם כפודו לגרש תמורת ממון שגישו גט כדן במכר דתלוהו וחבין זביניה זביני - "דבמכר המעות הן תשלומי החפץ, אבל בגט, המעות אינן תשלומי האשה אלא מלתא אחריתי הן. ותדע, דבכל מכר כיון שמשך החפץ

שמכיון שאין דרך בני אדם לבטל מעשה הגט עבור הפסד מועט כזה, ע"כ שכל דבריו שאינו מגרשה עד שתחזיר כל חפציו היו רק כדי לזרזה להשיבם אבל אין בדבריו גילוי דעת שאכן אינו רוצה לגרשה עד שתשלים את כל החפצים. (בסוף התשובה כתב החסד לאברהם שיש חילוק בין תשובתו שם סי' מב שהובאה לעיל שהחמיר בהטעיה לנידון זה שהקל, עיי"ש).

מבואר מתשובת מהרי"ז ענין וכפי הנראה זוהי גם דעת החסד לאברהם, דכל היכי דחזינן שהבעל מעוניין בעצם הגירושין, אין לחוש אף אם הוטעה בעת מתן הגט בקיום ההסכם, דכיון דחזינן שחפץ בגירושין, הגט עצמו נידון כגט שניתן ברצון, וכל עוד הבעל לא התנה תנאי בגירושין אין לחוש.

ומצאתי שבסברא זו, כיוון מהרי"ז ענין למש"כ מהר"ח אור זרוע בתשובה.

בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קכו נשאל במי נתן גט וקודם למתן הגט התפשרו עמו שיקבל סכום כסף ומסר מודעה על הגט, ובתוך הדברים בתחילה דן מהר"ח אור זרוע בשאלת גט מעושה, וכתב בלשון זו - "או שמא מעיד היה בדעתו, שרוצה על ידי מודעה זו, לכופם ליתן לו יותר, אחר גט זה שיתן לה אחר מודעה. לא בשביל שאינו מגרש ברצון, וכל כוונתו להוציא מעות מהם, אבל בגירושין חפץ הרבה. ומעתה איך יוכלו עידי המודעה לומר ידעין באונסיה שלא גרש ברצון, אדרבה שמא הוא חפץ יותר לגרש ממה שהיא חפצה להתגרש, אלא שפטט להוציא מעות מהם. וכשראה שלא היה יכול להוציא מהם יותר גמר ומגרש בלב שלם. שהוא חפץ יותר להיפטר ממנה ממה שהיא חפצה להיפטר ממנו. כך יש לנו לומר כיון שאנו רואין שנתן עיניו בממון. דדוקא אדם שכופין אותו להוציא, והוא אומר לא אקח כל ממון שבעולם שאגרש את זוגתי כי היא חביבה לי כנפשי, בזה יועיל מודעה, אי העדים יודעים באונסיה, אבל בכזה"ג לא תועיל המודעה כלום", עכ"ל.

מבואר בדברי מהר"ח אור זרוע שבעיקרו של דבר בעת הברור בשאלת גט מעושה יש לבחון האם הבעל מעוניין בעצם הגירושין או שהוא אנוס על הגירושין. במקרה שהבעל מעוניין לגרשה, אך מבקש להשיג רווחים תמורת הגט, אין לראותו כמי שנתן גט לאנסו אם לא קבל את מה שחפץ.

ובהמשך דבריו, מהר"ח אור זרוע דן בשאלת גט מוטעה. וז"ל - "ויכול להיות אפילו אם הטעוהו שנתן ליתן ממון כמו שתבע וכשגרש לא נתנו לו כלום, שהגט כשר מטעם זה. כיון שתבע מעות, שמא אינו חפץ בה כלל מחמת קטטה שביניהם. וכדי שיפטר ממנה גמר וגירש, ולא על מנת שיתנו לו, לומר אם לא יתנו לא יהא גט. שאינו רוצה להיות קשור בה, אלא גמר ומגרש לגמרי ליפטר ממנה. והוא דתניא פרק מצות חליצה חליצה מוטעת כשרה גט מוטעה פסול. היינו כשמתנה על מנת שתתני לי מאתים וזו ... אבל במקום שלא

עדיין חסר חפץ אחד שנשאר ברשותה ועכב הגט עד שתחזירה, ולאחר הגירושין התברר שחסרים מוכין מהכרים וכסתות שהחזירה. השואל הג"ר אשר ז"ל (מח"ס מעדני אשר) חשב שמא הגט נפסל עקב כך שהבעל נתן הגט בטעות, שהרי הוטעה וסבר שהחזירו לו את כל רכושו, ויתכן שאילו ידע מכך לפני מתן הגט לא היה מגרשה עד שיוחזר לו הרכוש במלואו.

שני המשיבים העלו להקל. מהרי"ז ענין כתב בתשובתו - "חלילה להוציא לעז על גט כשר כזה, שהרי לא גירשה בשביל חזרת החפצים, אלא מחמת קטנות ושנאה שביניהם, ומה שנתפשרו אח"כ שנתן לו חפציו והוא יתן לה ג"פ הם שני עניינים חלוקים ואינם תלויים זה בזה כלל ... מוציא את אשתו משום נדר ומשום שם רע דמקלקל ומבטל הגט ... התם אמרינן בהדיא דאמר אילו הייתי יודע וכו' אפילו אם היו נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה, נמצא דהטעות היה בגוף הגירושין כי חפצו לקרב ולא לרחק בשום אופן. וכן במעשה דהגט שכיב מרע של הסמ"ע, לפי דברי המערערים היה אומר אלו הייתי יודע שלא תשוב אלי כשאעמוד מחוליי אפילו אם היו נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה, כי כל חפצו וכל ישעי לקרב ולא לרחק. אבל הכא בנידון דידן וכי יכול לומר שאם היה יודע שגנבה המוכין לא היה מגרשה אפילו אם היו נותנים לו מאה מנה והיה בא לקרב ולא לרחק, אדרבה היה מוסיף לשנאותה ורוצה בריחוק ולא בקירוב ... אין כאן טעות בגירושין כלל, שהרי עכ"פ חפצו בגירושין, ואם היה מעכב מליתן לה הגט עד שתחזיר לו ואילו היה בידו לכופ אותה כפיה אחרת, כגון לאסרה בבית האסורים או לייסרה בשוטים עד שתחזיר לו החפצים, היה מגרשה בנפש חפצה ומייסרה להוציא את שלו, אלא שאין בידו לכופ אותה בדרך אחרת, כופה על ידי עיגון לעגן אותה ואת עצמו, ותמות נפשי עם פלישתים הוא דהוי עביד, דצערא דגברא קשה מדאיתתא כדאמרינן גבי מורד. אבל עיקר מטרת חפצו לגירושין, לכך אין כאן טעות כלל בגירושין, ואין לו עליה כי אם תביעת החפצים ... הגע עצמך מי שנתברר לו אחר גירושין שגנבה אשתו ממנו ממון רב ואנן סהדי אילו היה יודע שגנבה ממנו הממון היה מעכב מלגרשה עד שתחזיר שלו, וכי בשביל זה יתבטל הגט, א"כ לא שבקת חיי לכל אשה גרושה מאישה והיתה לאיש אחר וילדה לו בנים ואחר כמה שנים יתברר שגנבה מנכסי בעלה הראשון יהיה גט בטל ובניה ממזרין, ישתקע הדבר ולא יאמר, דודאי יכול לתבוע אותה מה שלקחה משלו אבל אין זה ענין לקיום הגט דבין כך ובין כך לא נשתנה דעתו לקרב ולא לגרש, ואם היה מעכב נתינת הגט עד שתחזיר לו שלו זהו דרך כפיה ולא שינוי דעת בגירושין".

וכן בתשובת חסד לאברהם מהדו"ק (אה"ע סי' מג) העלה להקל בנידון הזה, באחד מהטעמים שהעלה להקל כתב

הוא וזוגתו, רק באם יתן גט לאשתו סר עונו, ולכן אמרו לו חמיו וחמותו איך אפשר לזוגתך לצום כן וטוב הדבר שתתן גט ותיכף אחר הגט תחזירנה בחופה וקידושין, וכן עשה", ולבסוף לא הניחוהו לקדשה. הדברי חיים העלה שאין לפסול הגט מפני שהטעו אותו, ויש להקל מכיון שביטל כל תנאי וכל מה שיכול לפסול את הגט, ובהסתמך על המקילים בגט מוינא. (אלא שהעלה להחמיר מכיון שקבל הוראה שעליו לגרש, ויש לחוש דהוי כאנוס לתת גט).

יש מהאחרונים שדנו להקל בהטעיה, ועיקר סמיכתם היא על כך שהבעל גרש בסתמא ולא הזכיר במעמד סידור הגט את הגורמים שהביאו אותו להסכמה לגרש, (גורמים שהתבררו כמוטעים).

בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' עח האריך במי שדרש מהאשה למחול על כתובתה בטרם הגירושין והאשה אכן מסרה את הכתובה לפלוני, ולאחר הגירושין התברר שמסרה מודעה על המחילה.

מהר"ם אלשיך כותב בתוך דבריו שגם בסוגיא דהמוציא את אשתו משום שם רע, רק אם אמר בעת הגירושין שמפני כך מגרשה, יש לחוש, שאם יתבררו הדברים בדאים יוכל לקלקלה, אבל אם בעת הגירושין לא אמר מידי, אף שלפני כן אמר כן לא יוכל לקלקלה. ומוסיף מהר"ם אלשיך, דליכא למימר שגילוי הדעת שאמר בתחילה שהגט ניתן על דעת מחילת הכתובה, נידון כאילו נמשך עד שעת מתן הגט. "דהא ליתא, שהרי מה שכתבו המפרשים בההוא דזבן נכסיה אדעתא למיסק לא"י שאם גילה דעתו קודם המכר דלא מהני, אם לא חזר לגלות בשעת המכר. מי לא עסקינן דאע"ג דאמר לסרסור אני רוצה לעלות לא"י דבר עם פלוני שיקנה נכסי, והלך ודבר לו ונעשה המכר, ואעפ"כ אמרינן דכיון שלא הזכיר בשעת המכר לאו כלום הוא, וא"כ ה"נ כוותיה כיון שאינו תנאי אלא גילוי דעתא בעלמא".

וכן בשו"ת משיבת נפש (להגאון רא"ל צינץ) ח"א סי' מו דן באיש ואשה שהסכימו להתגרש והוסכם לכתוב לבעל שובר מן האשה, והבעל בקש לשנות את נוסח השובר ולהשמיט ממנו את עניין הגירושין, ובטרם סידור הגט ביה"ד הטעו את הבעל ואמרו לו ששינו את נוסח השובר בהתאם לבקשתו, ואחר כך סודר הגט. ונשאלה השאלה אם יש לחוש לפסול את הגט מחמת שהבעל הוטעה.

וכתב הגאון רא"ל צינץ ז"ל שאין לחוש לפסול את הגט ולחוש שהגט ניתן בתנאי, מאחר שהבעל בסדר הגט ביטל כל תנאי, ולכן אין לחוש שכוונתו לקשור חלות הגט בקיום בקשתו. ואח"כ כתב - "באמת לא ידעתי איך יעלה על הדעת לפסול בני"ד, הא לכמה פוסקים (באה"ע סי' לח ס"ג) בעינן תנאי כפול. ואילו אמר בפירוש אני נותן לך הגט על מנת שתכתוב השובר כרצוני, למאן דבעי תנאי כפול, לא היה מויק לגט ... אפילו למאן דלא בעי כפילא, תנאי מיהו בעינן, ואיך יעלה על הדעת לפסול בזה ... ואין לומר דזהו חשוב גילוי דעת דעדיף מתנאי וכמ"ש המ"מ (פ"ו הי"ד מאישות) ז"ל דע

התנה וכבר היה בטוח במעות לגמרי שהיו ביד נאמן שהוא בחר, וגירש בלא התנאי, אם אחר הגרושין היה אומר אבי המתגרשת לנאמן, אל תתנם לו אלא תחזירם לי שאין רצוני ליתן לו כלום, היה הדין עמו. דמשטה אני כך עבד ליה כרב פפא דמצות חליצה. ואע"פ שבשעה שנתנם לנאמן אמר לו תן אלו המעות לפלוני כשיגרש, הא קיימא לן דתן לאו כזכי דמי. ואע"פ שגלה דעתו שאינו רוצה ליתן גט בלא מעות, הא קיימא לן כאביי דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא. ואע"ג דרהיט בתרייהו משום דאיכא למימר אשור הבו לה כי היכי דלשלים צערא דההוא גברא. כן גם כאן איכא כי היכי דלשלים צערא, לקטטה שבינו לבינה ובין אביה חפץ לגרשה, אפילו לא יבואו המעות לידו לעולם".

תשובה זו של מהר"ח אור זרוע לא היתה לנגד עיניהם הפוסקים האחרונים שעסקו בשאלה זו. אך מהריא"ז עניין כיוון מנפשיה לסברת מהר"ח אור זרוע. אמנם הנידון בתשובה זו של מהר"ח אור זרוע אינו בהטעיה שהטעוהו כבר בעת מתן הגט בחפצים שקבל וכיוצ"ב, אלא הנידון הוא אי קיום התחייבות לאחר מתן הגט, דהיינו הנידון שהבאנו בהרחבה בפרק א', אך בעיקרו של דבר, מהר"ח אור זרוע כתב סברא זו דבמקום שאנו רואים שהבעל חפץ בגירושין, הרי שבכל מקרה הבעל רוצה לגרשה בין אם יקבל הממון או לא, ורק מבקש להרויח יותר ממון, אך הרצון לגרש אינו משתנה. ולפי סברא זו נראה דאף במקרה בו הבעל הוטעה, י"ל כן וכמ"ש מהריא"ז עניין.

וכן שיטת הדברי חיים להקל במקום שהבעל הוטעה, וס"ל דאף בכה"ג הגט בתקפו ללא כל תנאי, מכיון שלא אמר בפירוש תנאי כפי משפטי התנאים. ומצינו בדברי חיים שהקל בשני סוגי הטעיה, גם בהטעיה בהשלשת המעות וגם בהטעיה בעצם הצורך בגירושין.

בח"א חאה"ע סי' פד נשאל הדברי חיים במי שלא הסכים לגרש עד שהבטיחו לו סכום כסף, הכסף הושלש ביד שלישי שישמור את הכסף עד לאחר סידור הגט, ולבסוף התברר שהאשה מסרה מודעה שהיתה אנוסה במסירת המעות.

בתשובתו דן הדברי חיים בשתי נקודות, האם מסירת המודעה הועילה והכסף יוחזר לאשה, ומה דין הגט. אמנם מסקנתו שהשליש צריך לתת המעות לבעל, אך בתחילת התשובה כתב הדברי חיים שאף אם מסירת המודעה היתה מועילה והשליש לא היה נותן המעות לבעל, מ"מ הגט נשאר בהכשרו מכיון שהגט ניתן ללא תנאי. ועיי"ש שבאר החילוק בין אנוס ומוטעה, דבאנוס אין כלל הסכמה לעצם הגירושין, משא"כ בהטעיה מכיון שבעת הגירושין גמר והקנה ולא הטיל תנאי בחלות הגט, הגט חל באופן מוחלט, אלא שסבר שתהיה לו תועלת ממונית מהגירושין, ובזה נכזבה תוחלתו, אך אין הענין פוגע למפרע בגמירות הדעת לגרש. (ועיין בשו"ת תשורת שי סי' תיט במה שהשיג על הדברי חיים).

ובדברי חיים ח"ב סי' פה דן במי "שהערימו עליו לאמר שבא להם מכתב מגדולי הדור שצריך לחטאיו לצום הרבה

מגרשה. אלא דאחר שראה שהאשה גם היא רצונה להתרחק ממנו, משך ידו מחיוב הילדה ושם על שכם האשה. אבל מהיכי תיתי לתלות דזה הוי אומדנא דמוכח. ... כיון דלא היה תנאי כפול אין תולין הגירושין בנתינת דמים ... בעיקר הדברים אין אנו חושבין כלל בגיטין וקידושין אומדנות הרוחת או הפסדת ממון, שיהיה זה עיקר גרמת הגירושין, ויותר אנו תולין הגירושין וקידושין בקירוב וריחוק הדעת, וכסברת הראב"ד. ומכ"ש בזה"ז שאנו נוהגין שאומר בלי שום תנאי, שהסכימו האחרונים שכל אומדנות מבטל, כמו שהאריך הב"ח בתשובתו בביטול דברי הגאון מהר"ם. ... באומר בלי תנאי, ודאי מגלים הדברים שלא רצה שיהיה הגט תלוי בשום תנאי, וכמ"ש הב"ח בתשובתו. ולכן לדעתי אין להחמיר בזה כלל. וכבר כתב הב"ח בתשובתו דבכיוצא בזה אין להחמיר, משום דא"כ נקל הדבר שבכל גיטין ימצאו חשש לעז עי"ש. על כן דעתי נוטה שאין בזה שום חשש כלל ואין להצריך גט אחר."

בשאלה דומה דן בספר עונג יו"ט סי' קנד במי שעזב את אשתו לשנתיים ואח"כ אשתו באה ובקשה גט בטענה שהפסידה כל רכושם וכעת היא עניה, ולא נותר לה ממה לפרנס את עצמה והילדים, ודרשה ממנו שיפרנס או יתן גט. אך לאחר שגרשה התברר שהטעתו, ויש לה ממה להתפרנס.

העונג יו"ט סבור שיש לחלק בזה, אם הבעל אמר בשעת הגירושין שמגרשה רק מכיון שאין לה ממה להתפרנס, בזה יש מקום לבטל הגירושין לדעת כמה ראשונים. אך בנידון שלפניו שהבעל לא אמר דבר בעת הגירושין, תולים את הגט בדבר אחר ולא במה שהטעו אותו. ודוקא בגט שכיב מרע לשיטת רש"י אף בסתמא אם עמד חוזר, "דהתם הוי אומדנא בעצם הגט דהרי אנו רואים שמחמת חוליו גרש ולהכי לא בעי אמירה בשעת הגט, ודמי לשטר מברחת דהוי נמי אומדנא ברורה. אבל הכא בנ"ד אפשר שאף אם היה יודע שיש לה הרבה מעות נמי היה מגרשה, ואף שאפשר שהיה מבקש ממנה ליתן ממון בעד הגירושין, מ"מ בעיקר הגירושין לא היה מסרב רק בעסק הממון היה מבקש ממנה, אבל בגירושין עצמן אפשר שלא היתה טעות כלל. ואף שבתחילה היה מסרב מלגרשה, מ"מ אח"כ שנתרצה לגרשה נתרצה. ואף אם היה יודע שיש לה ממון הרבה ואין רצונה להחזיר לו נמי היה מגרשה, כיון דלא אמר לה שמשום זה שאין לה מזונות מגרשה."

וע"ע בפת"ש סי' קלד סק"א בשם הבינת אדם ובשואל ומשיב קמא ח"ג סי' לה ובשו"ת בר ליואי חלק אה"ע סי' מב ובשו"ת היכל יצחק אה"ע ח"ב סי' מח - מט.

התועלת שבאמירת הבעל בסדר הגט שנותנו ללא תנאים

ביאור שיטת הנודע ביהודה -

נראה שהלכה זו שכתבו הנודע ביהודה ועוד אחרונים שאין הגט נפסל כשהתברר שהבעל הוטעה, מכיון שהבעל

שלשית רבינו והגאונים הראשונים יותר מועיל גילוי דעת או אומדנא דמוכח מתנאי שלא נעשה כתיקונו, וכן כתבו בתוס' וזה מוכרח מכמה דינים כו' עכ"ל. דהא ליתא דכבר כתבו התוספות כתובות (צו. ד"ה זבין) דיש דברים שאין מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה, והיינו בדבר שאין רגילות, דאל"כ אין צריך לשום תנאי אלא גילוי דעת כו' אלא ודאי גילוי דעת במילתא שאין רגילות לעשות לא מהני עכ"ל. א"כ בנ"ד אין רגילות שיתלה הגט בשובר שיכתוב דוקא בלשון זה. ועוד דאפילו יהיה גילוי דעת שחפץ בשובר דוקא כרצונו, אין גילוי דעת רק ליראת ההפסד, א"כ סגי בכלל גוונא שמסלקת היזקא אפילו לאחר הגירושין. ועוד דהא אפילו בעל מנת שתתני לי מאתיים וזו צריך משפטי תנאי כשאנו בלשון על מנת, וכמבואר ברמב"ם (ספ"ו מהלכות אישות). אלמא אע"פ שמסתמא המעות צריכים לו, צריך משפטי תנאי ולא מהני גילוי דעת, ותנאי בעינן ולא חשיב גילוי דעת שרוצה דוקא בזוי שצריכים לו, וכ"ש בנדון דידן דלא הוי דררא דממונא רק חששא רחוקה ... היה צריך להתנות בפירוש אם השובר כרצוני יהיה גט ... בנדון דידן שלא זכר כלום מן הגט, פשיטא דאפילו גילוי דעת לא מקרי בכה"ג."

ועיין בספר היכל יצחק (להגרי"א הרצוג ז"ל) חלק אה"ע ח"ב סי' מט שכתב - "הגאון ר' שלמה דוד כהנא שליט"א מביא מעשה רב מהגאון רי"ל דיסקין ז"ל, שנתגרשה אצלו אשת מומר, והגאון ז"ל הבטיח שהושלש אצלו י"ב מאות רובל, ואח"כ נתן לו רק ט' מאות רובל שלא הושלש אצלו יותר ונמסר המשפט לממשלה וכו'. ובסיבה זו ברח הגאון ז"ל מבריסק לארץ ישראל, ולא נשמע מאומה שפסל את הגט. הנה זו ראייה אלימתא שהגאון מבריסק ז"ל סמך במקום עיגון על דעת המקילים, מהר"ם אלשיך ז"ל וכו'."

ובהערת המביא לבית הדפוס הוסיף - "יודעי דבר מביין רבני עיה"ק ת"ו מוסרים שלא היתה הערמה מחושבת ע"י הגרי"ל דיסקין זצ"ל, הרבנית החזירה את ההשלשה למתגרשת, בלי ידיעת הרב זצ"ל, בראותה בדרישת המגרש מעשה סחיטה."

בשו"ת תועפות ראם (להגר"ר אהרן משה טויבש ז"ל) חלק אה"ע סי' עו דן במקרה שהאשה תבעה מבעלה מזונות עבור התינוק, ולאחר מכן התפשרו שהבעל יתן גט והאשה תקבל על עצמה לפרנס את התינוק. אך לאחר שהגט סודר, התברר שהתינוק נפטר עוד בטרם האשה תבעה להתגרש. הרב השואל חשש לגט מוטעה, שהרי בלא שהבעל נאלץ להתפשר, לא היה נותן גט, ולבסוף התברר שהוטעה.

בתשובתו התועפות ראם הביא שם מדברי הראב"ד בהשגות פ"ג מזכיה ה"ז, (הובאו דבריו לעיל), ובמסקנתו העלה - "לענין דינא נראה ברור, דאין לנו לדמות אומדנות ממון לשאר אומדנות, בגוף קירוב וריחוק הדעת בענין גירושין וקידושין. ומכל שכן בנ"ד שאין לנו לחושבו לאומדנא דמוכח. דאע"ג דהיה מונח כתב התחייבות האשה בשעת גירושין, מ"מ אין זה מוכרח דאי לאו הכי לא היה

טעות שייך בו. וע"ע באור שמח פ"י מאישות ה"ב. וע"ע בספר מנחת שלמה (להגרש"ז אויערבך ז"ל) בסוף סי' פא שנשאר בצ"ע על סברת הגרע"א.

בהתאם לשיטה זו של החולקים על הגרע"א תתבאר דעת החולקים על הנודע ביהודה, ולדעתם כשם שבמקח טעות הקנין מלכתחילה לא התחיל לחול מכיון שבמצב כזה לא קיימת גמירות דעת לקנין. ה"ה במקרה שהבעל הוטעה בעת סידור הגט, הטעיה שהביאה אותו להסכים לתת גט, אין תועלת באמירת הבעל שמגרשה ללא תנאים, דעכ"פ חסרה גמירות דעת לעצם הגירושין.

שיטת החלקת יואב -

החלקת יואב בחלק אה"ע סי' כה סלל לעצמו שיטה מכריעה בין שתי השיטות שהבאנו. החלקת יואב אמנם הוכיח דלא כסברת הרע"א (בלא שראה את דבריו), אך העלה שיש מקרים שבהם ההטעייה אינה כמקח טעות, ומהני מה שהבעל אומר בסדר הגט שמגרשה ללא תנאים.

וז"ל החלקת יואב - "יש חילוק גדול בין טעות לתנאי, דדוקא תנאי בעי גילוי דעת בשעת מעשה, אבל בטעות שהיה מוטעה בעיקר המעשה, זה אינו מדין תנאי, דאף במקום דלא מהני תנאי כמו בחליצה מ"מ טעות מבטלו".

החלקת יואב לשיטתו השיג על הנודע ביהודה, וז"ל - "לפי מה שכתבתי דטעות אינו ענין לתנאי, וא"כ אף שאמר שנותן בלי תנאי מ"מ הטעות מבטל כיון שהוא מוטעה בעיקר המעשה ולא היה רוצה שיתחיל המעשה כלל, וע"כ בדינו של הר"י מפריש בשכיב מרע שהיא אינה רוצה להנשא לו אח"כ, אף שנעשה הסידור של הגט כמנהגנו שהבעל אומר שרוצה לגרש בלא תנאי, מ"מ זה מועיל רק אם בשעת מעשה היתה דעת האשה להנשא לו אח"כ, אבל אם תיכף היתה דעתה לרמות בעלה השכיב מרע והוא גרשה לטובתה, ואם היה יודע שהיא שונאתו לא היה מגרשה כלל, וא"כ הוא מוטעה בעיקר המעשה, ואין אמירת הבעל שמגרשה בלא תנאי מועיל כלל והגט בטל".

החלקת יואב בסוף דבריו כתב לחלק בין שתי אפשרויות של הטעיה, וז"ל - "טעות לא מיקרי רק במוטעה בעיקר המעשה, כמו בחליצה הנ"ל שהטעו אותו עקור זיקתך ואח"כ היא נשאת לך, שאינו יודע שהמעשה הזה הוא מעשה מוטעה שהחליצה היא היפך כוונתו, שהוא רוצה שתנשא לו ובאמת אם תחלוץ תהיה אסורה לו, ולכך בטלה החליצה אף אם התנאי אינו מבטל. אבל במגרשה בשביל שסבר שכבר השלישה החפצים הרי אינו מגרשה בשביל החפצים, רק שמעכב הגירושין למשכון שתתן לו החפצים. אבל הגירושין בעצם אינן מוטעין, שהרי אדרבה אם אינה נותנת החפצים יותר הוא שונא אותה ורוצה לגרשה, רק שהוא מחזיק את הגט למשכון על החפצים, וזה לא נקרא רק תנאי, וכה"ג בחליצה תהיה כשירה, וכן בגט אם אמר הבעל קודם נתינה שמגרשה בלא תנאי שפיר הגט כשר, דטעות לא הוי רק אם לא היה צריך להתחיל המעשה כלל, אבל אם כוונתו

אמר שנותן הגט ללא תנאים, הלכה זו תלויה בשאלה מדוע מקח טעות מתבטל.

אפשרות אחת היא שהמקח בטל מפני שבסתמא הוי כהתנה על מנת שאין מום במקח, ומכח הלכות תנאים אתינן עלה, ולפי דרך זו, גם אם הוטעה ונאמר לו שהחזירו לו חפצים ולבסוף התברר שלא החזירו, אינו אלא כאומר שמגרשה על תנאי שהחפצים הוחזרו, או בנידון הנודע ביהודה הוי כאומר שמגרשה על תנאי שאכן זינתה תחתיו. ולכן מכיון שבסדר הגט הבעל אומר שמגרשה ללא תנאים, הרי שביטל גם את התנאי הזה.

אבל אם נאמר שבמקח טעות המקח בטל מעיקרו מכיון שחסרה גמירות דעת בעיקר המקח, לא תועיל אמירתו שנותנו ללא תנאים. וזהו הביאור בדעת החולקים, הסוברים שאמירה זו שהגט ניתן ללא תנאים אינה מכשירה גט מוטעה.

והנה הגרע"א בתשובה (מהדורה תניינא) סי' נא וסי' קו סובר שכל מקח טעות בטל רק מכיון דהוי כמי שהתנה שהמקח נעשה בתנאי שאין בו מום. וז"ל הרע"א - "ממה דהדין דגם בתנאי דלשעבר בעי דיני תנאי, מוכח דמסברא לא הוי מהני גם תנאי דלשעבר, וצריכים ללמד מבני גד ובני ראובן. הרי דמתנה ואמר על מנת שאין לך עלי נדרים או מומין דחזינן דקפיד שלא ליקח אשה שיש בה מומין ונדרים, מ"מ מסברא לא מהני רק אם מתנה בכל דיני תנאי, וא"כ ממילא מוכח דכל מקח טעות דעלמא, היינו דאף בלא התנה אנן סהדי דקפיד והוי כהתנה, ומהני מדין תנאי".

עפ"י סברא זו חידש הגרע"א שבמקום שלא מהני תנאי, במילתא דליתא בשליחות כגון בנישואין, לא יוכל מקח טעות לבטל הנישואין. ובוזה קידושין אינן בנישואין. בקידושין הדין שמקח טעות מבטל הקידושין, משא"כ בנישואין שאינן מתבטלים בטענת מקח טעות. וכן דעת האבני נזר חלק אה"ע סי' רנה.

לפי"ז יש לפרש דעת הנודע ביהודה והפוסקים הנ"ל דס"ל בזה כרע"א, לכן דעתם שאמנם לולי שהיה מגרשה ללא תנאים, דינו כאומר הרי את מגורשת בתנאי שאכן נאסרת עלי מחמת זנות, ואם אח"כ יתברר שלא נאסרה עליו הגירושין יבוטלו כמקח טעות. אך כשאומר במפורש שמגרשה ללא תנאי, בסתמא כולל בדבריו כל התנאים והרי הוא כאומר שמגרשה לחלוטין אף אם יתברר שלא זינתה כלל.

ומצינו כמה אחרונים שנקטו דלא כרע"א, והם החזו"א והגר"ח סולוביצ'יק ז"ל.

החזו"א בחלק אה"ע סי' נו סק"ט כתב - "ביטול מקח וטענת מומין אינו משום אומדנא דמוכח וחשיב כתנאי, אלא דין הוא בקניינים דבטלים כשיש במקח אונאה גדולה".

וכן דעת הגר"ח ס"כ כפי שהובא בספר חי' הגר"ח (סטנסיל), בענין "דין חליצה מוטעת". ומתוך כך העלה שגם במילתא דליתא בשליחות וליתא בתנאי, כגון חליצה, מ"מ דין מקח

מסוים בהסכם הגירושין. אם היתה טעות בעיקר ההסכמה לגירושין, כגון בנידון המוכר בנודע ביהודה שהבעל הוטעה לחשוב שאשתו אסורה עליו ועקב כך גרש. הבעל סבר שמגרש אשה שאינה ראויה לאישות היתר, ולבסוף התברר שהיא מותרת. לכן דינו כמי שבקש לקנות חטים וקבל שעורים, והוא מקח טעות גמור, מכיון שלא היה לגירושין מקום לחול, ולא מועיל שיאמר שהגט ניתן ללא תנאים.

אבל כשהבעל מעוניין בעצם הגירושין, אך בקש שהאשה תחזיר לו חפץ כלשהוא, ובכפוף להשלשת החפץ נתרצה ליתן הגט, ואח"כ התברר שהטעו אותו, מכיון שהכל תלוי בשאלה האם הבעל יקפיד על ההטעיה או לא יקפיד, ואף הבעל עצמו מסתמא כך היתה דעתו שאם יקפיד יוכל לטעון לביטול הגירושין, וכפי שבארנו לעיל בענין מקח טעות במכר, הרי שהקפדה זו היא עניין ענייני. והרי הוא כמי שהתנה שהגט לא יחול אם יקפיד על אי קיום ההסכם, ולכן מכיון שהבעל בסדר הגט אומר שנותן את הגט ללא תנאי, בכך בטל גם את התנאי הזה שתלה מסירת הגט בהקפדה על אי קיום ההסכם.

בעיקר הסברא שכתבנו לחלק בין שני סוגי הטעיה, מצינו שכעין זה כתב הישועות יעקב. בשו"ת ישועות יעקב אה"ע סי' כה דן בענין הגט של בנו של בעל התורת גיטין שניתן לאחר שהתפשר עם אשתו בחלוקת הממון בדרך מסויימת ואח"כ התברר שהוטעה והיה בידה ממון רב. בעל התורת גיטין החמיר בזה, (עיי"ש שהיו עוד כמה ערעורים על הגט) וכתב לחוש מכיון שהבעל גילה דעתו לפני הגירושין שמגרשה על דעת כן שאין בידה ממון שאינו ידוע לו, וכהיא דקידושין דסבור הייתי שהיא כהנת, (הסוגיא תובא להלן באריכות). ובעל הישועות יעקב כתב - "אין זה ראיה, דמילתא דפשיטא דיש חילוק בין אם הטעות בגוף המעשה כגון מי שלקח יין בחזקת שהוא אדום ונמצא לבן דאין המקח קיים כיון דהטעות בגוף המקח, ובוזה מהני אם גילה דעתו לבד. אבל בעניינים שחוץ לדבר הנקנה, הוי כמו תנאי דבעינן בו משפטי התנאים".

אלא שסברא זו אינה מוסכמת, והרבה אחרונים שהובאו לעיל החמירו אף כשהבעל הוטעה בהשלשת החפצים.

מסקנת הדברים

כבר מאות שנים נהוג שכל גט מסודר בהתאם ל"סדר הגט" שבו הבעל מבטל כל תנאי בגירושין. כשהגט אכן סודר כנהוג, ולאחר מתן הגט התברר שהבעל הוטעה, נחלקו האחרונים, האם יש לחוש לביטול הגט, כשקיימת אומדנא ברורה שלא היה נותן גט אילו היה יודע שמטעים אותו. הנודע ביהודה והאבני מילואים הקלו בזה, והסכימו עמם כמה אחרונים, ובארנו שיטתם בהתאם לסברת הגר"א שמקח טעות מתבטל רק מפני שהמקח נעשה בתנאי שאין במקח מום, ולכן יועיל מה שהבעל אומר שהגט ניתן ללא תנאי. לעומת זאת, הרבה אחרונים חלקו והחמירו במקרה

לעשות המעשה רק על אופן זה, תנאי מיקרי ולא טעות, "עכ"ל החלקת יואב.

העולה מדברי החלקת יואב, שגם לדעת החולקים על הרע"א בדין מקח טעות, יש מקום לחלק בין טעות בעצם ההחלטה לגרש ובין טעות בקיום הסכם הגירושין. אמנם בנידון שבתשובת הנודע ביהודה שהבעל הוטעה בעצם ההחלטה לגירושין יש להחמיר, אך כשבעצם ההחלטה לגרש הבעל לא הוטעה, אלא רק הוטעה בקיום הסכם הגירושין, יש להקל כדעת הבינת אדם, כגון במקרה שהבעל הוטעה בחפצים שהושלשו טרם הגט.

נראה שיש לסייע לשיטה זו ולבארה בדרך זו. נקדים ונציין שגם בביטול המקח בטענת מקח טעות, יש חילוק יסודי בין שני מצבים, קיים חילוק בין טעות בעיקר הענין, כגון כשהלוקח מבקש לקנות חטים וקבל שעורים, דבכה"ג המקח יכול להתבטל בין ע"י חזרת הקונה ובין ע"י חזרת המוכר, מפני שלא היה למקח על מה לחול. אבל במקרה שהקונה קבל את הסחורה שבקש, אלא שנתגלה בה פגם, אמנם הקונה יכול לחזור בו, אך המוכר אינו יכול לחזור כמבואר בשו"ע חו"מ סי' רלג. ולכאורה הענין צריך ביאור, אם המקח התבטל עקב המום שהיה בו, מדוע שהמוכר לא יוכל לחזור בו אף במקום שהקונה אינו מעוניין לבטל את המקח. אלא הביאור בזה הוא, שבמקרה שעיקר המקח התקיים, כגון שהקונה בקש לקנות חטים וקבל חטים, אלא שאח"כ נתגלה פגם במקח, אנו דנים את המכר כמקח שהתנו בו שיחול רק בתנאי שאין בו מום, והגדרת מום במקח לענין זה היא דוקא מום כזה שהלוקח יקפיד עליו, ולכן אם אינו מקפיד המקח קיים, והמוכר אינו יכול לבטל המקח.

וכן מבואר בדברי הר"ן עמ"ס עבודה זרה פרק ראשון (דף ד': בדפי הרי"ף) שבלוקח בהמה ואח"כ נמצא בה מקח טעות, שהדין הוא שכל זמן שהלוקח לא הקפיד וביטל את המקח, הלוקח עובר משום שביתת בהמתו, ולא אמרינן דמכיון שאח"כ נמצא בו מום התברר למפרע שהמקח בטל והמוכר עובר משום שביתת בהמה. וכתב הר"ן - "בנסיגוני ליכא משום שביתת בהמתו כלל, לפי שדרכן של בני אדם שקוצצין לבהמה דמים ואחר כך מנסים אותה, אם מוצא לוקח טעות במקחו מחזירה, ואם רוצה בה הרי היא ברשותו, וכל כהאי גונא הרי היא ברשותו ... וטעמא דמילתא שכיון שהדבר תלוי ברשות לוקח, הרי הן שלו עד שגילה בדעתו שאינו חפץ במקחו".

לפי זה, מכיון שהכל תלוי בהקפדת הלוקח, הרי שאף שהמום עצמו כבר קיים בשעת המכר, אך מ"מ ההקפדה היא ענין שנולד רק בעת שנמצא המום, לכן הכל נידון כתנאי דלהבא. המקח אינו נידון כמי שרוצה לקנות חטים וקבל שעורים, אלא עיקרו של המקח תקף, רק שהמקח תלוי ועומד בספק שמא יקפיד ויממש את זכותו לחזור בו מהמקח. וכן בנידון דידן, יש לומר שגם לענין גירושין קיים חילוק עקרוני בין טעות בעיקר הגירושין, להטעיית הבעל בפרט

שקבל ולא בדק, אמרינן דסבר וקבל. מהרי"ז ענין כתב - "אפילו היה מתנה קודם הגירושין בתנאי כפול על מנת שתחזיר לו החפצים והיא הביאה הכל בתיבות והיה בידו לברר הדבר קודם מסירת הגט והאמין לה וגירשה סתם, אינו יכול לטעון אח"כ אילו הייתי יודע שלא הביאה הכל בשלימות לא הייתי מגרשה, דכיון שהיה בידו לברר ולא עשה כן וגירשה סתם גלי אדעתיה דבכל ענין ניחא ליה. ודבר זה מבואר בחי' הרשב"א פרק השולח גבי מוציא את אשתו משום נדר שאם תלתה הנדר בדבר שאפשר לברר שאין הנדר חל, אם לא המתין וגירשה, אע"פ שאמר משום נדר אני מגרשך, איגלאי מילתא דלאו מחמת הנדר גירש אלא עילה מצא לתלות בו ע"ש, וה"נ היה לו להמתין מעט ולפתוח התיבות ולראות אם נמצאו כל חפציו ומדלא פתח התיבות ולא בדק וגירשה סתם איגלאי מילתא דבכל ענין מגרש לה".

(אמנם דבריו במי שהתנה תנאי כפול תמוהים, ומהרשב"א אין מקור לסברתו, מה עוד שהרשב"א פרש הסוגיא בגיטין שאין לחוש לביטול הגט ממש אלא רק ללעז שהבעל יוציא, ואין ללמד מדבריו לנידון שהבעל התנה במפורש תנאי כפול. אך יש מקור מהרשב"א לנידון שבתשובת מהרי"ז ענין למקרה שהבעל לא התנה במפורש רק אמר דמשום כך מגרשה).

ביחס לסוג השני של הטעיה, דהיינו אם ההחלטה לגרשה נבעה מנתונים מוטעים שהוצגו לבעל, בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' לו הגדיר את הכלל בזה. הגרי"א ז"ל מחלק בין מצב שהבעל סמוך ובטוח שאכן הנתונים שבידו הם נכונים, ולא היה לו לחוש שמא קיימת הטעיה, לבין מצב שמלכתחילה לא היה מקום לראות את הנתונים שבידו כנתונים ודאיים. החילוק בין שני מצבים אלו הם החילוק שבין המגרש את אשתו משום שם רע שכתבו התוספות שגם אם ימצאו הדברים בדאיים הגט אינו מתבטל, לבין המקדש וכסבור שהיא כהנת והתברר שאינה כהנת דהקידושין בטלים.

בעין יצחק כתב שבסוגיא דהמוציא את אשתו משום שם רע או משום נדר או משום איילוניות כתבו התוספות שאינו אלא משום לעז ואין חשש בחלות הגט משום שהיה יכול לברר, וכשלא ברר את הדברים אלא גרשה למרות הספק, אנו תולים שאף במצב הנוכחי שעדיין קיים בלבו ספק, גמר בדעתו לגרשה. לעומת זאת קיים מצב שהבעל מגרשה מצד ודאי ולא מצד ספק.

להבהרת הלכה זו נביא את מקור הדברים. שנינו במשנה במסכת קידושין דף סב. "המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לוייה וכו' הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו". ומפרש רש"י - "שלא הטעתו אלא הוא הטעה את עצמו, וכיון שלא פרש לאו כל כמיניה דהו ליה דברים שבלב". וכתב הר"ן - "אפילו רבי מאיר דבעי תנאי כפול הני מילי בשהתנה, דהואיל והתנה ולא כפל יש במשמע דבכל ענין יהיה המעשה קיים. אבל מי שגילה דעתו שעל דעת כך

שהבעל הוטעה, הן בהטעיה בהשלשת חפצים וכדומה, והן בהטעיה בגורמים שהביאו אותו להחלטה לתת גט, כשקיימת אומדנא ברורה שלא היה נותן גט אילו היה יודע שמוטעים אותו, מפני שסברו שביטול התנאים אינו פותר בעיה של העדר גמירות דעת לעצם המעשה, או מפני שקיימת אומדנא שביטול התנאים אינו מתייחס להטעיה זו. וכן הבאנו את שיטת החלקת יואב לחלק בין מקרה של הטעיה בעיקר הענין, שאילו ידע האמת, לא היה רוצה את הגירושין, ובין הטעיה במחיר שדרש עבור הגט, שההטעיה אינה בעצם ההסכמה לגרש. הוספנו לבאר חילוק זה, שבהטעיה במחיר, בסופו של דבר הכל תלוי בהקפדת הבעל לאחר שיתברר שלא קבל את מה שדרש, ויחשב כתנאי דלהבא מכיון שההקפדה הוא דבר המתעורר לאחר מתן הגט.

אימתי אין לחוש אף כשהבעל הוטעה

אמנם פוסקים רבים טוברים שגט מוטעה פסול, ולענין זה לא מועילה אמירת הבעל ב"סדר הגט" שהגט ניתן ללא תנאים, אך מצינו בדבריהם שכתבו כמה כללים אימתי אין לחוש אף כשהבעל הוטעה.

להלן נתייחס לשני סוגי הטעיה הנוכחים לעיל, במקרה הראשון נביא מקרה של הטעיה בקיום ההסכם, כשברר מתן הגט נאמר לבעל שקבל חפצים מסוימים ולבסוף התברר שהוטעה. ומקרה שני של הטעיה בגורמים שהביאו את הבעל להחליט להתגרש.

כפי שהובא, בספר ערך שי על אה"ע סי' קלד מחמיר בהטעיה בהשלשת חפצים. לסברתו ההטעיה גורמת לגט להתבטל כעין ביטול המקח במקח טעות, ולכן למד את גדרי הלכה זו מהלכות מקח טעות. לפי זה כתב לחלק בין אם הבעל לא היה יכול להבחין בהטעיה בעת שקבל את החפצים, למקרה שהבעל היה יכול להבחין בעצמו שחסרים חפצים. סברא זו מבוססת על דברי המגיד משנה בהלכות מכירה פרק טו ה"ג שכתב - "יש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין לאלטר, כגון שיכולין לנסותו ולטועמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר", וכן פסק הסמ"ע בחו"מ סי' רלב סק"י. לפי"ז כתב הערך שי בנידון שלו שהאשה היתה אמורה להחזיר לבעל מרגליות ולבסוף החזירה זכוכיות הדומות למרגליות והבעל אינו בקיא להבחין בכך, שהגט בטל כדין ביטול המקח במקח טעות. אבל אם הבעל היה יכול לעמוד על כך שהוטעה אבל לא הקפיד לבדוק, לא יוכל לטעון טענת הטעיה, ואם הוא בעצמו לא היה בקיא דיו להבחין בהטעיה, אע"פ שהיה יכול להעזר במומחה ולא נעזר, הגט מתבטל בטענת הטעיה. וע"ע בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' קמג שהאריך לדון בסברא זו.

ובשו"ת חסד לאברהם מהדו"ק אה"ע סי' מג ושו"ת מהרי"ז ענין סי' פא שהשיבו על אותו נידון (דבריהם הובאו לעיל) כתבו ג"כ שבמקום שהיה יכול לבדוק מה

מועיל ביטול התנאי בלי פקפוק. ולרווחא דמילתא לחומר הנושא נראה שאם תחזיר לו עכשיו הנזמים שלו ודאי דאין כאן בית מיחוש, דאם שהקפיד אז שישלישו לו קודם נתינת הג"פ, מ"מ ע"ז ודאי דליכא אומדנא וליכא רק גילוי דעת לבד, וכבר נתבאר דגלוי דעת בלי אומדנא ודאי אינו מועיל". העולה מהאמור - מצד אחד הבית שלמה מקל יותר מהערך שי, וס"ל שגם אם הבעל לא היה יכול להבחין בעצמו אין לחוש לכשרות הגט, אך עכ"פ לשיטתו במקום שהבעל חשש שמטעים אותו וחקר ודרש אצל המומחה בדבר וגם הוא הטעה אותו כדי שיגרש, בכה"ג החמיר ולדעתו בזה אין מקום להקל אף לשיטת הנודע ביהודה.

מצינו שאלה דומה שנשאלו שלשה מגדולי הדור בשנת תקצ"ח וכולם העלו להקל. העובדא היתה שהערימו על הבעל שיחשוד את אשתו מאיש אחר ומפני כך גרשה, ואח"כ כשהתבררה הרמאות הבעל ערער על הגט, וגם רצה להחזירה. נשאלה שאלה כפולה, האם יש מקום לפסול את הגט, והאם יוכל להחזיר את אשתו. על שאלה זו השיבו החתם סופר (חלק אה"ע ח"א סי' כה) בשו"ת אמרי אש (אה"ע סי' פב) והג"ר נחום טרייביש ז"ל (מח"ס קובץ על הרמב"ם, התשובה הודפסה בשו"ת רבי נחום טרייביש, שיצא לאור לאחרונה, בסי' לא).

בתשובת אמרי אש פסק שאין לחוש לגט מוטעה, וז"ל - "דלא היה לו לסמוך עליהם, ולחפש ולחקור הדבר אם היה מגרש מפני כך", עיי"ש שהוכיח כן מהרא"ש בסוף נדרים. ובסיום דבריו כתב האמרי אש - "עיקר הדברים, כיון שלא הותנה כלום אדרבה גרש בלא תנאי, רק באנו לומר שיש כאן אומדנא שמפני כך גרש, וכאן כיון שהיא רעה בדעתה וגם אינה צנועה כבנות ישראל הכשירות שמצוה לגרשה, אין לחוש למה שיאמר ויערער עתה כי מפני כך וכך גרש, ואין דברים שבלב גדול מזה ... הכל תלוי רק אם יש כאן אומדנא ברורה, מה שאינו בזה".

ביאור דבריו - בנידון הנ"ל קיימת אומדנא שבכל מקרה רוצה לגרשה מחמת מעשיה, אין לחוש שהעילה היחידה לגירושין היא החשד שחושד בה, וכמו שמוכח ממה שלא חשש לברר ביטודיות את ענין החשדות. לכן מסתבר שלא רק מפני כך מגרשה. אבל אה"ג במקום שברור לכל שהעילה היחידה לגירושין היא עילה המבוססת על מידע מוטעה, והבעל ברר את הענין כראוי ובכל זאת הוטעה, יסכים האמרי אש לחוש.

גם החתם סופר העלה במסקנתו - "נ"ל דמותרת להחזיר לו ומותרת לכולי עלמא בלי פקפוק". וכן הג"ר נחום טרייביש ז"ל כתב - "כבר הארכתי תשובה ע"ז שאין לחוש לכל הדברים האלו כל שלא אמר התנאי בשעת מעשה, ובפרט בביטול כל התנאים כמו בזמנינו, דהא לא חיישינן לטעות דהוא איהו אטעיה אנפשיה".

הוא עושה, הרי הוא כאילו התנה וכפל, והיינו דתנן מקודשת מפני שלא הטעתו, הא הטעתו אינה מקודשת דבגילוי דעתא לא צריך כפילא".

המהרי"ט בחידושו עמ"ס קידושין הקשה על דברי הר"ן - "איכא למידק מה בין זו להא דאמרינן בפרק השולח דאמר לה משום נדר אני מוציאך משום שם רע אני מוציאך דלא יחזיר ואוקמה רבא דכפליה לתנאיה אבל סיפא דמשום איילונית יחזיר דלא כפליה לתנאיה ואפילו לעז ליכא. וי"ל דבשלמא כשאמרה אני כהנת המוני הימנה ולא נסתפק כלל ולא נחית בדעתיה לומר שהיא משקרת, דמילתא דעבידי לאיגלויי הילכך לא היה מקום לתנאי, אבל גבי שם רע מי לא אפשר שאינו, וכן בנדר מי לא אפשר שימצא פתח לנדרה".

דברי המהרי"ט מוכרחים בשיטת הר"ן, שהרי בסוגיא בפרק השולח כתב הר"ן כשיטת התוספות שהחשש הוא רק שמה יוציא לעז, וע"כ יש לחלק כסברת המהרי"ט. דאל"כ יוקשו דברי הר"ן אהרדי.

עכ"פ עולה מהנ"ל, שבמקום שנאמרו לבעל נתונים מסוימים ולא היה מקום לתלות שהנתונים אינם נכונים או שאינם סופיים, דומיא דמקדש שנאמר לו שהאשה כהנת ונמצא שאינה כהנת, בכה"ג לשיטת הר"ן הגט נידון כגט הניתן בתנאי. במקרה כזה המקדש הסתמך על דברי האשה ולא היה צריך להעלות על דעתו שמה האשה משקרת, מכיון שדבריה היו דברים שהם בגדר מילתא דעבידא לאיגלויי דלא משקרי ביה אינשי, ולכן הבעל כלל לא היה צריך לחוש לרמאות. וכן בנידון שבשו"ת עין יצחק שהראו לו מכתב מרב גדול שעליהם להתגרש והאמין לדבריהם משום דלא חשידי בזיוף, לכן כשנמצא שהמכתב מזויף והבעל הוטעה, הגט בטל.

גם בשו"ת בית שלמה (חלק אה"ע סוף סי' קמג) כתב סברא כזו, והעלה שבמקום דהו"ל לאסוקי אדעתיה יש לסמוך על ביטול התנאים שהבעל אומר בסדר הגט לפני כתיבת הגט. הבית שלמה דן במקרה שהוסכם שהבעל יקבל מהאשה נזמים ולבסוף האשה השלישה נזמים אחרים הגרועים מאותם נזמים שהיה אמור לקבל. ובתחילה כתב להקל עפ"י דברי הנודע ביהודה שיש לסמוך על מה שהבעל מבטל התנאים בסדר הגט. אך אח"כ כתב שיתכן שבמקום דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שמטעים אותו יש להחמיר. והוסיף הבית שלמה, שלפי הסברא שכתב שבמקום דהו"ל לאסוקי אדעתיה אין לחוש לביטול הגט, י"ל שהנודע ביהודה אינו חולק על זה, וז"ל הבית שלמה - "בהא דהנודע ביהודה נמי נאמר דהו"ל לאסוקי אדעתיה שמה עיניה נתנה באחר, כההיא דשלהי נדרים, ומשום הכי אמרינן כיון דביטל התנאי בטל הכל. א"כ בנידון דידן נמי נאמר כן, דהא אם היה מכיר מכבר הנזמים שלו ודאי דסבר וקבל כנ"ל, ואם לא היה מכיר היה לו לאסוקי אדעתיה שמה יחליפו באחרים כיון שלא רצתה ליתנם ברצונה שפיר חשודה להחליף, ע"כ שפיר

לאו כלום הוא כמו שהאריך הרב בעל בית אדם שם", וכוונתו דהסברא נותנת שאדם אינו מגרש אשתו בגלל סך מועט של ממון וממילא זו אומדנא דמוכח שלא לתלות הגירושין בממון, אא"כ ראינו שכך הבעל אמר במפורש שזוהי קפידא גמורה. ובמקרה כזה כשלבסוף התברר שהבעל הוטעה, אם איהו אטעי אנפשיה הענין תלוי במחלוקת שהזכרנו לעיל.

מסקנת הדברים

גם לדעת המחמירים במקום שהבעל הוטעה, יש להקל בשני מקרים, או במקום שהבעל יכל לבדוק אם מטעים אותו ולא ברר, בכה"ג אמרינן איהו אטעי אנפשיה, ולדעת העמק שאלה סברא זו תלויה באשלי רברבי. ויש אומרים שבכל מקום שניתן לתלות שהיה מגרש גם בלא"ה, אין לפסול הגט מחמת ההטעה.

אלא שיש לציין כאן מש"כ בתשובת מהרש"ם ח"ז סי' פו, בנידון שהבעל ערך הסכם עם האשה שהוא יקבל את הבית וקבעו את הדרך להסדיר העברת הבית בספרי האחוזה, אך לאחר הגירושין האשה מצאה דרך לשלול את תוקף העברת הבית לבעל, באופן שעל פי דין תורה הבית של הבעל אך אינו יכול לרשמו על שמו והעברה זו אינה מוכרת בערכאותיהם. הגם שהמהרש"ם נוטה להקל מאחר שהבעל אמר בפירוש שנותן את הגט ללא תנאים, אך בסיוע התשובה כתב מהרש"ם - "גם בתשובת בית שלמה עצמו סי' קמ"ג וסי' קמ"ד האריך מאוד לקיים דברי המקילים, בכל זאת בסי' קל"ז שם חשש להמחמירים באופן שיש בזה להוציא מגזילה מתחת יד האשה, ובפרט שהרי מבואר ברמ"א חו"מ סוף סי' טו דיש כח לב"ד למחות נישואי האשה להוציא הגזילה מתחת ידה, ובזה"ז שאין כח בית דין יפה אם לא שיהיה בדרך איסור, ראוי לנו לחוש בזה לדעת המחמירים ולאסור איסור שלא תנשא עד שתקיים תנאה ולהחזיר הגזילה לבעלה, ואז נחכם לה אם צריכה גט אחר או לא".

אך מסתיימת שאר הפוסקים שפסקו להכשיר את הגט גם במקום שהבעל הוטעה, או כשהאשה לא עמדה במה שמחוייבת, הרי שלא ראו מקום לקבוע איסור נישואין לאשה על מנת להוציא מידה, והדבר צ"ע.

הדרך לפתור את החשש לגט מוטעה לדעת הבית מאיר

הבית מאיר סי' קמה ס"ט הביא את המחלוקת שנחלקו גדולי הדור בענין הגט מווינא, והוסיף - "עם כל זה לא מצאתי בדברי החולקים ישוב מספיק על טענות מהר"ם לובלין מה שהכריחו לפירוש, זולת מחמת שהמסדר יפרש לו שנותן הגט בפירוש בלא שום תנאי, ואף בזה עי"ש שעדיין דברים בגו כמבואר במהר"ם לובלין. להכי לע"ד נראה שטוב נמי שהמסדר יפרש לו שאף זה יעלה בדעתו, שאף אם תבגוד האשה ותרצה למעול מעל בהחרם שלא להנשא לו

כפי שראינו, מצינו בכמה אחרונים שכתבו שאם היה יכול לברר ולא ברר אין לחוש משום גט מוטעה. דין זה יכול להתבסס על אחת משתי סברות -

א. ניתן לבאר הענין משום דאין זה נקרא מוטעה שהרי איהו דאטעי אנפשיה, וכמו שכתב בתשובת הג"ר נחום טרייביש ז"ל.

ב. ניתן לבאר שהטעם הוא מפני שבמקום שיכול היה לברר ולהמנע מלהיות מוטעה ולא ברר, אין כאן אומדנא דמוכח שאכן אילו היה יודע את האמת לא היה מגרש, וכמו שעולה מדברי האמרי אש.

אם נאמר כסברא הראשונה נראה שאין הדבר מוסכם מכמה טעמים,

ראשית, הערך שי טען יש להשוות גדרי הדין בנידון הטעיה בגט לדין מקח טעות, ולפי זה אין לנו להקל אלא במקום שבקלות היה יכול לברר, וכמו שבארנו לעיל.

שנית, בשו"ת עמק שאלה (אה"ע סי' קטז) כתב שסברא זו דאמרינן דאיהו אפסיד אנפשיה בכך שהטעה עצמו יש לדמותה למה שכתבו כמה פוסקים להקל באונסא דנפשיה, דגם שם הוא הביא על עצמו את האונס, אך לפי זה הסברא הנ"ל אינה מוסכמת ותלויה באשלי רברבי.

אמנם בתשב"ץ ח"א סי' א' כתב דאונסא דנפשיה אינו נידון כאונס, וכאן הוי כאונסא דנפשיה שהוא הטעה עצמו. אך הוסיף העמק שאלה - "התשב"ץ שם הולך בשיטת התוספות והרשב"א בהא דהמוציא את אשתו משום שם רע ומשום נדר דאמרו שם דיכול לקלקלה שיאמר אילו הייתי יודע וכו' שאין זה אלא לעז בעלמא. אבל לשיטת רש"י והרמב"ם הוי זה קלקול גמור שהגט בטל, א"כ מוכח דגם משום זה שחשב שהוא כך ואינו כך הוי הגט בטל". וע"ע בשו"ת משכנות יעקב אה"ע סי' לח שהעלה להחמיר במחלוקת זו שנחלקו הראשונים בדין אונסא דנפשיה, ובסי' מא ס"ק יט כתב שאף דעת הרשב"ץ כן, וכן החמיר בזה בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע סי' נט, לעומתם בחו"א אה"ע סי' צט סק"ה כתב דפשטה הוראה בישראל כשו"ע שפסק בחו"מ סי' רמב ס"י להקל בזה כדעת הרמב"ם. וע"ע במכתב מאליהו ש"ז סי' כב ובספר חלקת יואב דיני אונס ענף ו', ואכמ"ל.

ועכ"פ אם נלך בדרכו של האמרי אש הסברא להקל אינה שנויה במחלוקת ראשונים, והכל תלוי האם קיימת אומדנא דמוכח שרק מפני כך גרשה, ולא היו לו סיבות אחרות לגירושין, או שיש מקום להניח שהיה מגרשה גם אילו ידע האמת.

וכן בנידון שהוטעה בהשלשת חפצים לפני הגט וכדומה, הבאנו לעיל שהפתי"ש כתב להחמיר בהטעיה כזו, אך הפתי"ש עצמו כתב בסיום דבריו על הוראת הבינת אדם להקל - "ומ"מ בגוף הדין יפה הורה כיון שמתחילה לא היתה קפידא מהבעל בפירוש שיהיו החפצים כמו שאומר עתה ובאם לאו לא יתן הגט, רק היה גילוי דעת ואומדנא וזה ודאי

שלא יהא לו שום פתח פתוח להטיל עוד איזה ערעור בדבר. וכן לקמן (בסדר הגט) סעיף מ"ב אם ידוע וכו' אך אחר כך תבטיח אותו האשה וכו' החכם עיניו בראשו של דברים שיהא מפורש כפול ומשולש שאין ענין נתינת הגט והגירושין תלוי כלל בזה, אלא הגירושין הם נגמרים בכל אופן שיהיה ואין לו לסמוך על ענין הגירושין רק על הבטחתה ומ"מ יהיו הגירושין קיימים בין תעמוד בהבטחתה או לא, עכ"ל.

לכן במקום שיש לחוש שהבעל הוטעה בקיום ההסכם או שהעילה שהביאה אותו להחלטה לגרש התבררה כמוטעית, מלבד מה שהבעל יאמר את הנוסח שבסדר הגט, ראוי לפרש לו שאף אם לאחר מתן הגט יתברר שהוטעה, הגירושין מוחלטים ואינן תלויים בשום דבר אחר. וכן ראוי לומר לו ביחס לקיום ההסכם בעתיד, שאף אם ההסכם לא יכובד ע"י האשה, הגט אינו תלוי בכך.

נראה שגם אם נדון להשוות הטעיה בגט לגדרי מקח טעות, וכדעת הערך שי, הרי שאמנם לא די באמירת הנוסח הרגיל שמגרש ללא תנאים, כשם שבמקח טעות לא סגי באמירה סתמית של המוכר על מנת שאי אתה חוזר עלי בטענת מקח טעות, כמבואר בחו"מ סי' רלב ס"ז. אך אם מפרש לו המום או הערך האפשרי של חסרונו מהני כמבואר שם, וה"ה הכא אם מפרש לו ההטעיה האפשרית והבעל מקבל עליו, סגי בהכי.

וכמו כן סברת העין יצחק שהחפצים שאמור הבעל לקבל הם מחיר להסכמה שלו לגירושין, אינה קיימת במקום שמסדר הגט מפרש לו שזהו אינו המחיר להסכמתו.

פרק ג'

כשהבעל הוטעה לחשוב שהסכם הגירושין מבטיח אותו מתביעת ממון בעתיד

השאלה העומדת בפנינו לביורור היא, מה הדין במקרה שהבעל חתם על הסכם הגירושין בבית הדין ובקש לתת להסכם תוקף של פסק דין כמקובל בבתי הדין, אך מכיון שהבעל אינו מצוי בכללי המשפט הנוהגים בארץ, ולא היה באפשרותו להתייעץ עם בעל מקצוע משפטי, טעה או אחרים הטעו אותו לחשוב שחתימה על ההסכם כפי שנחתם בבית הדין, מבטיחה אותו מכל תביעה להגדלת מזונות בערכאה אחרת, והבעל לא ידע שעריכת הסכם בבית הדין אינה מונעת מהאשה לחזור ולתבוע מזונות בשם הילדים בבית המשפט, ולא דרש להוסיף להסכם הגירושין סעיף שיוכל להגן עליו מהפרת ההסכם.

בנידון כעין זה יש לדון, האם מתעוררת שאלה בכשרות הגט אם רואים שהבעל מעכב את מתן הגט עד שיערך הסכם שיבטיח את הדברים שהוא עומד עליהם, ולבסוף הבעל טעה או הוטעה, וכמוכן המדובר במקרה שמטעמים אלו או אחרים, ביה"ד לא מצא לנכון להבהיר לבעל מהו טיבו וערכו של ההסכם.

אלא לאחר שתרצה ליתן הקנס, שעם כל זה הוא סבור וקבל ומגרש לחלוטין בלי תנאי, וכבר מצאתי בסדר ר"מ ר' יוזפש אות לח הכי".

ועיין בסדר הגט שציין הבית מאיר, שכתב בענין גט שכיב מרע, שיגרש בלא תנאי אלא רק מקבלים בחרם או משכונות לשוב ולהנשא. והוסיף בסדר הגט - "ויש להרב לומר בפירוש לשניהם קודם נתינת הגט, שאף שהבטיחו זה את זה בעל פה לחזור ולישא זה את זה, מכל מקום אין הגט תולה בזה, אלא אף אם יבגוד איזה מהם בחבירו וירצה לקבל החרם או הקנס, יהא גט גמור". ובספר ברכת המים באר דבריו בסדר הגט וכתב - "כתבתי כן לרווחא דמילתא כדי לחוש קצת לדברי מורי ורבי מהר"ם ורבי מרדכי יפה הנוכחים, דנראה דבכה"ג מודים".

דברי הבית מאיר הובאו בפת"ש סי' קמה סק"ו וכן בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' קלו, וכן בשו"ת אמרי יושר ח"א סי' קד כתב שאם נהגו בדרך זו המבוארת בסדר הגט למהר"ם ר' יוזפש, לכו"ע אין לחוש לתנאי. וע"ע בשו"ת מהרש"ם חלק ז' סי' פו בסופו (ד"ה ואולם).

ובספר טיב גיטין (בדבריו על סדר הגט ס"ק לו) כתב להוסיף בסדר הגט את הדברים שיש לומר לבעל על מנת להוציא מחשש גט בתנאי או מוטעה. וז"ל הטיב גיטין - "נראה דלרווחא דמילתא יש לנהוג שהרב יאמר לבעל" כו' (במקור הדברים כתב דבריו בל"א, ולהלן תרגום הדברים כפי שהובא בשו"ע מהדורת ראש פינה כרך ה' עמ' רפא) - "אולי אמרת מקודם שתתן הגט על תנאי, ועכשיו אתה ג"כ בדעתך שתתן הגט על איזה תנאי של ממון או איזה תנאי אחר, תאמר זאת עתה לפנינו. והבעל ישיב על זה, לא אמרתי כלל, ואם אמרתי שאתן הגט על תנאי, או לשון שמשמעותו שאתן הגט על תנאי אזי אני מבטל דיבורים אלו, ואני רוצה ברצוני הטוב בלי שום אונס והכרח ליתן הגט לאשתי פלונית בת פלוני שתתגרש ממני תיכף בלי שום תנאי בעולם הן תנאי של ממון או תנאי של דבר אחר בעולם".

ואח"כ כתב הטיב גיטין - "וכל זה לרווחא דמילתא כי באמת התשובה בקצרה שמשיב על השאלה ששואלין אותו אם נותן בלי שום תנאי ויאמר הן, די בכך ואף אם אמר בתחילה שרוצה ליתן על תנאי, דאל"כ מה הועילו בתקנתם, ועיין בדברי הרא"ש סוף גיטין ובתשובתו כלל מ"ה בנוסח סדר הגט וכן הוא בטור ובכל הנוסחאות, ועיין בתשובת הרא"ש סי' כה ובתשובת א"ז הגאון בעל שארית יוסף ז"ל ובמהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ג. אך לפי שראיתי שלפעמים בהגיע תור הלכה למעשה, כשהבעל בא ומערער ומברר שאמר תחילה שדעתו ליתן על תנאי ומה שאמר אחר כך היה בלא לב ולב והיה סובר שאינו רק דרך פטומי מילי, ולפעמים מוצא עוזרים גואלים וקרובים המחזיקים בעירעורו ולא ימצאו אנשי חיל ידיהם לשתקו בנויפה כי אם אחרי אסיפת המון רועים, ובין כך לעזה המדינה. לכן מהראוי כי החכם המסדר ישים לב לזה כפי הבנתו בענין שלפניו באופן

ונציג שני ספקות שיש לעורר בענין זה.

א. יש לדון האם הטעיה באיכות ההסכם היא כהטעיה בהשלשת חפצים, כגון מקרה שהוסכם שהבעל יקבל חפץ מסוים וקבלו מקולקל, שהרבה פוסקים החמירו בזה. ניתן לטעון שמכיון שההסכם שנערך עם הבעל הינו הסכם המועיל על פי דין תורה, הסכם המחייב את שני הצדדים. ואם האשה לא תעמוד בהסכם, זוהי הפרה עתידית שאינה פוגעת בכשרות הגט, מה עוד שבמעשיה לפנות לערכאות היא נוהגת שלא כדין.

מאידך, מכיון שאנו יודעים שהבעל אינו מסתפק בהסכם בר תוקף עפ"י ההלכה בלבד, וחפץ בהסכם המבטיח אותו מתביעה להגדלת מזונות, ומכיון שבהסכם זה הבעל הוטעה ולא קבל את אשר עמד עליו, לכאורה ענין זה דומה להטעיה בהשלשת חפצים.

ב. יש לדון האם יש קולא שלא לחוש לביטול הגט, מפני שאילו היה רוצה, בידו לברר את המצב החוקי הנוהג בארץ. האם איהו אפסיד אנפשיה אם לא ברר.

ונקדים מש"כ הג"ר שלמה ילזו ז"ל בפסק דין שהתפרסם בפד"ר חלק יא עמוד 167, וז"ל - "ברוב ככל המקרים אין הבעל יודע שיתור האשה על מזונות הילדים אינו תופס על פי הדין, אין בית הדין צריך להבהיר לבעל שאין היתור תופס, אם בית הדין יודע כי ע"י זה יחזור בו הבעל מהסכם הגירושין, והאשה תישאר בכבלי עיגונה עם בעל כזה שאינו זן ואינו מפרנס ותמיד יוצא ונכנס לבתי הכלא בפלילים וכדומה, שמאחר שהסכם גירושין רגיל אינו כתנאי לנתינת הגט, שכל תנאי ההסכם אינם רק לעניין ביצועם כפס"ד לאחר הגט ואינם לעניין קיום הגט וביטולו שאם נתקיימו הרי זה גט ואם נתבטלו אינו גט כנ"ל, אם בני הזוג באו ביניהם לידי הסכם גירושין ומגשימים אותו לבית הדין לאישור כפסק דין כמות שהוא, אין בית הדין בנסיבות הנ"ל צריך לחטט בתנאי ההסכם ולהודיע לבעל שהתחייבות אשתו בסעיף פלוני אינה תופסת ולפוצץ ע"י את ההסכם. דכיון שהגט ניתן בלי כל חלות בתנאי ההסכם. וזאת על בית הדין להודיע לבני הזוג שאין לאחר נתינת הגט כלום והגט גט גם אם אחד מהם הפיר תנאי ההסכם, אין לבית הדין להתערב מעכשיו בביצוע תנאי ההסכם שיהיה לאחר הגט, שאין כאן גט על תנאי וכנ"ל.

הארכתי בזה כדי להתלמד למקום אחר ולהוכיח שכל הסכם גירושין רגיל שבית הדין נותן לו כבקשת בני הזוג, תוקף של פסק דין עובר לגט, אין תנאי ההסכם תנאי בנתינת הגט לענין קיום הגט או ביטולו, רק לענין ביצוע בעין כפס"ד לאחר הגט דווקא ולא לפני כן, אלא אם כן נתפרש בו או הדבר מובן מתוך עניינו שסעיף פלוני ניתן לביצוע גם לפני כן, עכ"ל בפסק הדין.

באותו פסק דין דנו האם ההסכם כתנאי בגירושין, ומסקנתם שאינו תנאי. אך לא התייחסו לשאלת הטעיית הבעל בשיקולים המביאים להחלטה לתת גט, כסבור שבידו

מסמך שיש לו תוקף משפטי ובעל ערך, והחליט לתת גט, ולבסוף התברר שאין ערך למסמך שבידו. להלן בדברינו נביא מתשובות האחרונים שמדבריהם יש ללמד לנידון זה.

בספר מנחת פתים על אה"ע סי' קמה נשאל כדלהלן - "בעובדא באחד שגרש את אשתו, ובטרם שגרשה תבעה האשה ואביה את הבעל סכום רב בערכאות וזכו שחייב לשלם להם ... עד שנתפשו שיבוא הבעל לביתו ויגרשה, והמה יפטרו אותו מהתביעה הנ"ל, וכן הוה שהבעל בא לביתו וגרש ע"י שליח והזהיר לשליח שלא יתן גט עד שיחתמו הפטורין, וכן עשה שחתמו הפטורין וגרשה. וכעת תובעים האשה ואביה הנ"ל את הבעל, התביעה שמקודם בערכאות, באמרם כי אנוסים היו לחתום פטורין, ולא נודע עדיין איך יפול דבר. והבעל מערער על הגט שהגט מוטעה".

המנחת פתים האריך בזה, ובתוך דבריו כתב - "אמנם כי צע"ק, כי אין ראייה כלל ממה שביטל כל הדברים הפוסלים, בהיות שכבר השלישו לו המעות, והיה בטוח שכבר הכל בידו, ע"כ ביטל אח"כ כל הדברים הפוסלים. ואם היה יודע שהטעוהו מעיקרא לא היה מגרש כלל. אמנם גם המהר"ם אלשיך בתשובה והסמ"ע החליטו כן, והלב מהסס קצת בזה. אבל בנידון דידן קיל בעיני מעובדא דרש"ל ומהר"ם אלשיך דאין כאן הטעיה מעיקרו, דהא באמת נתנה לו פטורין בנימוסיהם, ונהי דעתה מערערת על הפטורין, מ"מ אין כאן טעות מעיקרו. ולא דמי לאמרה שהיא כהנת ונמצאת לוייה שהטעתו מעיקרא, וכן לא דמי לרש"ל, כיון שמסרה מודעה מקודם, א"כ הטעתו בשעת השלשה, משא"כ בנידון שלפנינו. ולדון בזה מטעם אומדנא וגילוי דעת שאילו ידע שתוכל לתבעו עוד בנימוסיהם לא היה מגרשה, אינו ברור, דיכול להיות שסמכה דעתו שהפטורין יועילו לו, ותביעתם תהיה לריק ... וגם הא הגילוי דעת היה שתחתום לו פטורין, והרי באמת חתמו לו אבי האשה והאשה הפטורין, ואף אם עכשיו יבטלו בערכאות את הפטורין אינו כלום לבטל את הגט, דהא מבואר בחו"מ סי' רז במוכר נכסיו לעלות לא"י ועלה ולא מיתדר ליה דלא הדרא זביני, אף שעפ"י אומדנא אם היה יודע שלא יהיה מתדר לו לא היה מוכר קרקעותיו, אינו מועיל כיון שהגילוי דעת היה לעלות והרי עלה. וה"נ הגילוי דעת היה שתתן לו פטורין והרי נתנו לו, והרי הפטורין הועילו לו שהיא צריכה עכשיו לחדש תביעה בערכאות על הפטורין, ותביעה ישנה שהיתה בתקפה בטלה לה ע"י הפטורין, עכ"ל המנחת פתים.

לפי דבריו נראה לנדון דידן, כשם שבנידון של המנחת פתים הבעל לא הסתפק בכך שהאשה תמחל לו על הממון במחילה המועילה עפ"י דין תורה ודרש פטורין שיועילו בערכאות. מכיון שהכיר את דרכה של האשה, וחשש מתביעה בערכאות, ובוה כתב המנחת פתים שאם קבל כתב פטורין שהועילו לשעתן, די בכך. וה"ה בנ"ד, מסתמא הבעל מעוניין בהסכם שיועיל לפטרו גם מתביעה בערכאות. בודאי הדבר נכון אם האשה אינה שומרת תורה ומצוות, שהיא

להתבזות עמה במשפט הערכאות, אך מפורש בדבריו שאילו הבעל היה יוצא חייב בערכאות עקב כך שהטופס שקבל אינו שוה מאומה, היה פשוט לעמק שאלה לחוש משום גט מוטעה. נראה שאמנם הנידון בעמק שאלה גרע מנידון דידן, מפני שבאותו נידון התברר שהנייר שהבעל בקש אינו שוה מאומה, לעומת זאת הסכם גירושין בביה"ד, מדינא הוא הסכם גמור ומחייב, אלא שקיימת דרך להתחמק מקיומו. אך נראה מדבריו שהעיקר תלוי אם המטרה של הנייר הושגה, וכאן אם נערך הסכם שאינו מבטיח מתביעה עתידית, הרי שמטרת הבעל בהסכם לא הושגה, ועל זה כתב העמק שאלה אף כשלא היתה הטעיה, ק"ו במקום שהפילו את הבעל בפח וניצלו את חוסר בקיאותו.

ביחס לספק השני שהצגנו בתחילת דברינו האם יש להקל מפני שהיה יכול לברר ולא ברר. לעיל הארכנו בשאלה האם כשהבעל הוטעה ניתן להקל על סמך הסברא דאיהו אפסיד אנפשיה שלא בדק הענין כראוי. ונוסיף בזה שתי תשובות שדנו בזה.

על אותו נידון שבתשובת מנחת פתים הנזכרת, השיב גם בספר היכלי שן תליתאי סי' נ' - "מעתיב בנ"ד ממה נפשך היכא הוי. אם בדיניהם הוי הדין שאע"ג דחתמה אצל הפרעזידנט תוכל לחזור ולתבוע, דחתימתה אצלו לאו כלום הוא, או שתוכל להשיג ממנו חתימתם בחזרה לידה ולחזור ולתבוע, א"כ הוי אונסא דשכיח והו"ל לשאול אצל הבקי בדיניהם ולהתנות עם השליח שיביא כתב חתימתה שקיבלה המעות לידו דוקא ולומר לשון על מנת שתחתום ותחזיריהו לי ... ומדלא אמר הכי ולא התנה בכל זה, לא הוי אלא ג"ד ולא מלתא היא. ואפילו אי הוי אונסא דשכיח ולא שכיח, נמי כתב שם באה"ע סי' קמ"ה בשם הרדב"ז דהו"ל להתנות, דדוקא באונס דלא שכיח כלל, כגון נשכו נחש או אכלו ארי אמרינן דלא הו"ל להתנות אבל לא במידי דשכיח ולא שכיח ... ועוד כיון דקחזי שהיא תבעה אותו בערכאות להחזיר לה הנדוניא והכתובה בעוד שישבה תחתיו, דעפ"י דת אינו מגיע לה, א"כ יצאה מסתם אינשי, דרוב העולם אין עושין כן לתבוע בעוד שיושבת תחתיו, ומכ"ש שלא תבעה אותו בדיני ישראל והלכה לערכאות של עכו"ם, יצאתה מכלל אינשי דלא מחזיקינן להו ברשיעי, והו"ל לאסוקי אדעתא ולהתנות, ומדלא פירש, לא הוי אלא ג"ד דלאו מלתא היא אפילו גבי שליח ... וכל מה שפירש בהדיא, לחתום אצל הפרעזידענט, עשתה וחתמה קודם נתינת הגט, וא"כ שליחותו קיימת."

וכן יש לציין לתשובת האגרות משה אה"ע ח"ג סי' לו, האג"מ דן בזוג שהתגרש בג"פ והוסכם שאח"כ יתגרשו בערכאות. לאחר הגירושין האשה תבעה את הבעל בערכאות בתביעה למוזנותיה, על יסוד הטיעון שבאותן ערכאות הם עדיין רשומים כזוג נשוי, וכן התלוננה עליו בפני הערכאות שנשא אשה שניה, ואכן בערכאות חייבוהו במוזנות והוא חושש מעונש על נישואי האשה השניה. כעת

אינה רואה כל מניעה מצידה לפנות בתביעה בערכאות, (ולצערינו פשה הנגע גם בקרב שומרי תורה ומצוות). ולכן אם מלכתחילה נערך הסכם עם חיוב סביר של דמי מוזנות, והבעל נמצא במצב שאם יתבע בערכאות יוכל לטעון כנגד תביעתה שכבר התחייב בסך מוזנות בהתאם להסכמתה. בכך ניתן לראות את ההסכם שנערך בבית הדין, כהסכם המועיל גם לפטרו בערכאות. וגם אם לבסוף יתברר אחרת הרי שזהו עניין עתידי. אבל כשבמסגרת הסכם הגירושין הבעל אינו משלם כלל מוזנות, או משלם סכום מאד נמוך, נראה שמלכתחילה ניתן לראות בהסכם זה כהסכם שלא יועיל לפטרו כלל מתביעה מערכאות. ואם הבעל הוטעה שההסכם מבטיח אותו מתביעה כזו, יש לחוש משום גט מוטעה.

וכן יש להסיק מתשובת עמק שאלה חלק אה"ע סי' קטז, שאם הבעל קבל הסכם שאין לו ערך מעשי, שיש לחוש משום גט מוטעה. העמק שאלה דן בעובדא שהאשה תבעה את הבעל בערכאות עוד לפני הגירושין בטענה שגנב ממנה ממון, ובהסכם הגירושין הוסכם שהאשה תמחול על תביעתה, ותשליש ביד שלישי טופס מתאים המועיל לביטול התביעה בערכאות. לאחר הגירושין התברר שהטופס אינו פוטר מהתביעה והבעל הוצרך לעמוד במשפט, אמנם לבסוף יצא זכאי במשפט, אך כעת הבעל מערער שהוא נתן הגט על דעת כן שלא יצטרך לעמוד למשפט.

בתחילת דבריו דן העמק שאלה להחמיר דכמו שמצינו דאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבי"ד, ק"ו לגבי עצמו במשפט ערכאות. והוסיף - "ממילא י"ל דהוי כאן אומדנא דמוכח דאם היה יודע שאין זה הנייר שוה כלום ושיהיה מוכרח להתבזות בדין עמה, לא היה מגרשה, וא"כ הוי גט מוטעה."

היה פשוט לעמק שאלה שלעניין גט מוטעה, לא תועיל אמירת הבעל שנתן הגט ללא תנאי. וכאן הטעות היא מעיקרא, שהרי התברר שהנייר שחתמה עליו אינו שוה כלל. בהמשך התשובה הנ"ל, קיים דיון להקל מטעם שלא היתה כוונה להטעותו והוא הטעה עצמו, אך העמק שאלה סבור שענין זה תלוי בפלוגתת הראשונים לענין אונסא דנפשיה, (והבאנו לעיל את דבריו בנקודה זו).

במסקנת דבריו כתב העמק שאלה להקל, וז"ל - "בנ"ד די"ל דעיקר הנייר היה בשביל שישאר הכסף בידו, ובעיקר הנחת הנייר לא כיונו להטעותו. וכל עיקר כונת הנחת הנייר נתקיים שיצא זכאי בדין, בזה ודאי אין אומדנא כלל שכיונו רק בשביל שלא יצטרך לבא עמה לדין, וכל דליכא אומדנא גלויה לכוי"ע אין זה מגרע כלל ואין כאן גט מוטעה כלל, דלא כיונו להטעותו בזה דכיונו שישאר הכסף בידו וזה נתקיים. אם כן לכל הדעות גם למהר"ם לובלין אין כאן חשש כלל משום גט מוטעה. וכל זה אני כותב רק להלכה ולא למעשה לסמוך עלי", עכ"ל.

העולה מתשובה זו - העמק שאלה העלה להקל רק בנקודה זו שקבע שאין ריעותא מצד עצם הענין שהוזקק

עכ"פ העולה מדברי האגרות משה, שגם בנידון דידן, אם קיימת אומדנא דמוכח שודאי לא היה מגרשה בהסכם שאינו מבטיח אותה מתביעה בעתיד בערכאות, וידוע שאינו מכיר את המצב המשפטי הנוהג בארץ, גם אם סדרו את הגט כנהוג בסדר הגט, עדיין יש לחוש במקרה שהאשה תפר את ההסכם ותתבענו בערכאות. והפתרון לבעיה זו יוכל להמצא רק אם ינהגו בהתאם לעצת הבית מאיר שהבאנו לעיל.

במקרה שלא היתה שום הטעיה בעצם ההסכם או בהבנתו, אך האשה מלכתחילה הודיעה לאחרים שאין בכונתה לעמוד בקיום ההסכם. ואכן לבסוף נמנעה מלפרנס את הילדים כפי שהתחייבה. שאלה זו מתבררת מתוך תשובת משפטים ישרים (להגר"ר ברדוגו ז"ל) סי' קפט. השאלה היתה במי שערך הסכם גירושין עם האשה בו הוא התחייב בחלק ממזונות הילדים וגם האשה התחייבה לשלם בעצמה חלק מדמי המזונות, אך קודם הגירושין האשה מסרה מודעה בפני עדים והודיעה שהיא אנוסה בהתחייבות זו ועושה כן רק כדי שהבעל יתרצה בגירושין.

בתשובה דן המשפטים ישרים בשתי נקודות, בתחילה הוא קובע שהמודעה אינה מועילה להפטר, וז"ל - "הו"ל כשכר שכיר, כי שכור הוא ליתן לה גט בעד שתזון בניו, וכי היכי דבשכר שכיר המודעה אינה כלום ה"נ בנידון זה המודעה אינה כלום". בהמשך הדברים כותב המשפטים ישרים "בגט דאפשר לעשות שליח, ולהכי גט מוטעה דהיינו בעל מנת פסול, כדאיתא בפרק מצות חליצה דף קו ע"ש. אבל הכא לא אמר על מנת, רק התחייבה לו לבד, אבל הגט נתן בלא תנאי, ואף אם לא נתן, הגט גט, מ"מ חייבת לקיים חיובה מדין שכר שכיר. וגם אם המצא תמצא שום מודעה, מלבד שלא תועיל ולא תציל. עוד יוציאו לעז על הגט שכל שומע ורואה יאמר כיון שהוציאה מודעה על חיובה גם הגט בטל, וקרוב בעיני שמדרבנן לא תנשא לכתחילה, דבכל דוכתא חיישינן ללעז הגט", עכ"ל.

העולה מתשובה זו, שבמקום שהחיוב שהתחייבה לבעל עומד בתוקפו, ולא היתה שום טעות בעצם ההסכם, על פי הדין האשה מחוייבת בו, גם אם עוד בטרם הגירושין האשה מסרה מודעה שאין בדעתה לשלם את חיובה, ואכן כך ארע ומסתמא יגבו מהבעל את המזונות, מ"מ הגט אינו נקרא גט מוטעה. (ובמש"כ בסוף דבריו לחוש שמדרבנן לא תנשא משום הלעז, לא מצינו כן בשאר הפוסקים, ואכמ"ל בזה).

כל האמור הוא בנידון שההסכם שנערך הינו בר תוקף עפ"י דין תורה, אך יש להעיר שפעמים הבעל מוסיף להסכם סעיף שבו האשה מתחייבת בשיפוי במקרה שיחויב בהגדלת מזונות וכן מבקש להחתיים ערבים. יש להקפיד שההתחייבות של האשה דהיינו התחייבות השיפוי וכן התחייבות הערבים תהיה התחייבות המועילה על פי הדין, ואם ההסכם מנוסח באופן שההתחייבות הנ"ל אינן תקפות, חייבים לתקן או להסביר לו את המצב ההלכתי של ההסכם, דבלא"ה ודאי יש לחוש לגט מוטעה, וכפי שעולה מתשובת עמק שאלה

הבעל טוען שהאשה הפרה את התחייבותה להתגרש בערכאות, ושעל דעת כן לא נתן הגט.

האג"מ דן לומר שזוהו גט בתנאי, ולא גרשה על דעת כן שתמנע מגירושי ערכאות לאחר הגירושין כדמו"י, אך בהמשך דבריו הוסיף - "אבל מטעם אחר יש לדון שלא יוכל לטעון כן ולבטל את הגט, דהרי דיני המדינה ודאי היו ידועים גם לו, והיה לו לחוש ולהתנות שאם תתבע בדיני המדינה בין טענת ממון בין טענת עונש לא יהיה גט, שאף בלא תנאי כפול היה מועיל מצד שהוא גם אנן סהדי, עיין בתוספות קידושין דף מט. אבל כיון שלא חשש להתנות זה, חזינן שהיה לו טעם שלא היה חושש לזה, אולי חשב להשאר בא"י או טעמים אחרים, עכ"פ כיון דודאי ידע מזה ולא חשש להתנות ודאי גמר בדעתו ליתן הגט אף שאיכא חשש זה ואין יכולין לבטל הגט אף שתובעת דבר שאינו חייב ואף שתובעת לענשו. ואם האמת שלא ידע שתוכל לתבעו בדיני המדינה איכא חשש גדול על הגט לענ"ד, אבל מסתמא יש לנו לתלות שידע מדיני המדינה ואין יכול לבטל הגט" עכ"ל האגרות משה.

העולה מדברי האג"מ - בסתמא אנו תולים שהבעל יודע את המצב המשפטי הנוהג בארץ, ואם אעפ"כ לא התנה הרי שלא חשש לכך. ורק כשברור שהוא אינו יודע יש לחוש לביטול הגט.

לכאורה קשה על דבריו.

א. במה שכתב שאם חוקי המדינה ידועים לו היה לו להתנות ומדלא התנה מוכח שאינו מקפיד, הא ניחא בדברי התוספות שהזכיר, ניתן לבאר שאם לא התנה הרי שגמר לגרשה בכל ענין. אבל בזה"ז שלא ניתן לגרש בתנאי וכפי תקנת הר"י מפריש שנפסקה להלכה ברמ"א סי' קמה ס"ט, אין שום הוכחה מכך שלא גרשה בתנאי, שהרי הבעל יודע שמסדר הגט לא יניח לו להטיל תנאי בגירושין.

ב. מסתמא האג"מ איירי בעובדא שהגט סודר כנהוג בסדר הגט שהבעל אומר שהגט ניתן ללא תנאים, ולפי המבואר בדברינו במקרה שאי העמידה בהסכם ארע לאחר הגט, מוסכם על כל הפוסקים, למעט מהר"ם לובלין, שמועילה אמירתו זו למנוע ביטול הגט למפרע, א"כ מדוע כתב לחוש במקרה שהבעל לא ידע את חוקי המדינה.

ונראה לבאר דברי האג"מ דס"ל שאין כאן רק אי עמידה בהסכם בעתיד לאחר הגירושין, אלא אם אינו יודע מדיני המדינה, אנו אומרים שקיימת אומדנא דמוכח שאילו ידע ודאי לא היה מגרש ולא היה סומך על ההסכם עם האשה, הסכם רעוע הניתן להפרה בקלות, וזוהי טעות מעיקרא בעת מתן הגט, ולא יועיל מה שבסדר הגט הבעל מבטל התנאים. וגם על הקושיא הראשונה י"ל שמכיון שלדעת האג"מ לא בעינן תנאי כפול בנידון כזה, ואילו היה מגלה דעתו בסמוך לסידור הגט היה מועיל להחשב כתנאי. הרי שהיה עליו לגלות דעתו סמוך לתחילת סידור הגט, וזאת לא היו מונעים ממנו. ואם למרות שידע את חוקי המדינה, לא אמר דבר בסמוך למתן הגט, הרי מוכח שאינו מקפיד.

הסכם גירושין בו נקבע השעבוד להניק, ומסתמא בעת עריכת ההסכם היה ברור לבעל, שנערך הסכם שהינו בר תוקף. ולאחר זמן בעת הדין על היתר נישואין לגרושה, כתב הגרי"א ז"ל להוכיח שעל פי הדין האשה אינה משועבדת להניק, והוברר למפרע שהבעל טעה כשסבר שיש תוקף להתחייבות אשתו טרם הגירושין, ואפ"ה העין יצחק פסק שלא לחוש לכשרות הגט, ובהתאם לדעת החולקים על מהר"ם לובלין, והאשה הותרה להנשא.

מסקנת הדברים

אם הטעו את הבעל לחשוב שההסכם שנחתם על ידו מבטיח אותו מתביעה להגדלת מזונות בעתיד, וההסכם כפי שמנוסח אכן אינו מבטיח אותו מתביעה כזו, וברור שבמידה שיתבע בערכאות הוא יחוייב, יש לחוש משום גט מוטעה. על כן מוטל על בית הדין לומר לבעל שעליו לברר אצל מומחים את התוקף המשפטי של ההסכם, כדי שלא יוכל לטעון טענות בנושא.

אך אם הבעל התחייב בסכום סביר, אין לחוש גם אם לבסוף יתברר שהוא חוייב בהגדלת סכום המזונות.

כל זה במקום שברור שהבעל לא ידע שההסכם אינו מבטיח אותו מתביעה כזו בעתיד, אבל בסתמא לדעת האג"מ יש להניח שחוקי המדינה ידועים לו. ואם ההסכם היה ללא כל פגם אך האשה מצאה דרך להתחמק מקיומו, אין לחוש מכיוון שהבעל ביטל כל תנאי בטרם מתן הגט. בכל מקרה כשבמעמד סידור הגט מתברר שיש מקום לחשש הטעיה, יש לומר לבעל שהגט ניתן אף אם האשה לא תעמוד בקיום ההסכם או אף אם יתברר שטעה בנוגע לנתונים הידועים לו על איכותו ותקפו של ההסכם, ובהתאם לדרכו של הבית מאיר שהבאנו לעיל.

כשהבעל לא הוטעה אלא סבר בטעות שלאחר הגירושין יפטר מתביעת ממון

כל האמור עד כה הוא כשהבעל הוטעה על ידי האשה או על ידי אחרים ועקב כך נתן גט, אך במקרה שהבעל טעה בהטעייה עצמית וסבר בטעות להפטר מתשלום ממון, יש לדון האם יש חשש בסדור הגט במקרה שיש אומדנא שהגט ניתן על סמך ההנחה שהוא אכן פטור מאותו תשלום.

בתשובת בנין ציון (ח"א סי' קמד) מצינו דיון בשאלה כזו. השאלה היתה כדלהלן - "היתה מריבה וקטטה בין איש לאשתו, וקבלה האשה אצל השררה, ונפסק שם שנחשבים כנפרדים, ומותר להאשה אשר יצאה זכאי להיות לאיש אחר, ולענין התביעה בדברים שבממון שיש להם זה על זה נפסק שלכל אחד לברר ע"פ המשפט מה שיש לו לתבוע. והנה פשוט שע"פ דין תורה אין האשה מותרת להנשא עד שתקבל ממנו גט כדת משה וישראל, וגם שניהם נתרצים ליתן ולקבל גט, אמנם בשביל שהאיש כעת אין לו מאומה, אבל כפי הנראה יפול לו סך עצום בירושה במות אביו, לכן האשה אינה נתרצה למחול על תביעות שיש לה על בעלה

שהבאנו. אמנם בהתאם לדברינו לעיל, דעת העמק שאלה שנויה במחלוקת, ולדעת הנודע ביהודה וסיעתו אין לחוש לביטול הגט.

ומצאתי בנקודה זו, סיוע מתשובת עין יצחק ח"א חלק אה"ע סי' יז. תשובה זו עוסקת בשאלת היתר נישואין למינקת תוך כ"ד חודש. בפתיחת הסי' כתב הגרי"א ז"ל - "נשאלתי בגרושה מעוברת וילדה וולד לאחר הגירושין וקבלה על עצמה התחייבות להניק את הוולד. ואם תצטרך לשכור לו מינקת מחוייבת לשכור לו מינקת. ולא התחילה להניק כלל". בתשובה זו מתבררת שיטת הר"ש הזקן שהתיר לגרושה מינקת להנשא, אך היינו טעמא מפני שאינה משועבדת להניק, אך בנידון זה השתעבדה להניק, יש מקום לדון שאף לשיטת הר"ש הזקן לא נתיר להנשא תוך כ"ד חודש. ובס"ק כב כתב העין יצחק - "ועוד נלענ"ד בנ"ד, דאף להתחייבה להניק את הוולד, מ"מ יש לדון להיתירא מטעם אחר. דהא ההתחייבות של האשה על הנקת הוולד והצטרכותו היה זה בעוד שהיתה מעוברת. והא קיי"ל המזכה לעובר לא קנה ... ולפ"ז יש לדון בעיקר התחייבות שהתחייבה הגרושה להניק את הוולד ולזוננו, בעוד שהיתה מעוברת, דעל פי דין, אין ממש בכל זה, לפי דהוי מזכה לעובר לא קנה לשיטת הסוברים דדוקא בשכ"מ ולא בבריא. ובנ"ד הא הוי בבריא ... א"כ לע"ע כל זמן דלא הקנה את החיוב של האם להוולד, לא מקרי משועבדת להוולד להניק. דהא בעינן בזה דרכי הקנאה להחוב שיש לו איך שיקניו להוולד, ויש בזה פרטי דינים הרבה, וכפי הנראה לא היו עדיין הדרכי הקנאה מזה, ולא מצינו דגורו כעין זה ולאסור לשיטת הר"ש דמחלק בין גרושה לאלמנה ... ועוד והוא עיקר גדול לנו מה שראיתי בח"מ בבאר היטב סי' ר"י ס"ק ה' שכתב בשם המבי"ט דהא דאמרו המזכה לבנו העובר קנה לפי דעתו קרובה אצל בנו. לא אמרו זה אלא באב אבל לא באם ... ולכן בנ"ד דהיתה ההתחייבות של האם לבנה העובר, א"כ לא זכה מעולם ההתחייבות של אמו ולא משתעבדת להניקו. ולכן לשיטת הר"ש דהתיר בגרושה משום דלא משתעבדת, דגם בנ"ד שייך האי טעמא. ולדון בזה מצד אומדנת הבעל דלא גירשה רק על תנאי שתניקה לבנו לא שייך לדידן. דקיי"ל כהחולקים על מהר"ם לובלין בתשובה סי' קכ"ב. דכתב הב"ש סי' קמ"ה ס"ק ט"ז דכל חכמי הדור חולקים עליו ע"ש וכמש"כ הבינת אדם בשער בית הנשים סי' ל"ב, ע"ש כיון דמבטלין לכל התנאים בעת הגט, ע"כ אין לנו לחוש להאומדנא ע"ש. ובפרט בנ"ד דזה לא הוי אומדנא ברורה כ"כ, ע"כ ברור ופשוט דהגט כשר בפשיטות ואין לנו לחוש כלל".

הרי מבואר דעסקינן בהתחייבות שהאשה נטלה על עצמה, בטרם סדור הגט, ובו נקבע כי היא משועבדת להנקת הבן. לאחר זמן האשה בקשה להסיר מעליה שעבוד זה, ופסק העין יצחק שאין לדונה כמשועבדת להניק, ולמרות זאת אין לחוש לגט מוטעה. הרי לפנינו מקרה שהבעל ערך

והנלענד' שהר"י מינץ סמך על מה שכתב הרב המגיד הביאו גם הבית שמואל שם ס"ק ז' דגבי איילונית שכתב הרמב"ם דבלא אמירה ג"כ לא יכול להחזירה, והרי שם לא שייך קנס, ופרש הרב המגיד כיון דאיילונית הוא מום גדול שתמו כפירושו, ואע"פ שלא אמר לה יכול לקלקלה ולהוציא לעז עליה ע"ש. וא"כ הכא נמי כיון שידוע לכל שהאשה תוכל לתבוע כתובה מהמגרש והיא קבלה הגט בלא כתובה, נעשה כמי שאמר בפירוש שלכך גירשתין מפני שלא אצטרך לשלם לך כתובתיך, ואם תתבע אח"כ יכול לקלקלה ולהוציא לעז. והנה בנדון שלפנינו שהיא הכריחה אותו ע"פ השררה לפירוד, מה שמביא לידי גירושין, והוא כבר אמר בפירוש שלא תוכל לקבל ממנו מאומה, לפ"ז נעשה ג"כ שתמא כפירושו שאם תכריחנו כשיבא לידי נכסים, לשלם לה מה שחושב עתה שלא יצטרך לשלם לה ע"פ דין המלכות, יתחרט על הגט, ויאמר אם לא הייתי מגרשה היו נשארים לי נכסי ועתה הוצרכתי ליתן לה. ולענ"ד אין חילוק להקל בין דין דהר"י מינץ לזה, ואדרבא בזה שייך עוד קלקול יותר כיון שאמר בפירוש שלא יצטרך ליתן לה, א"כ הוי אומדנא דאם יראה שטעה יתחרט, משא"כ בכתובה שלא אמר בפירוש כן שמגרש ע"מ שלא לשלם כתובה ... הר"י מינץ סובר כיון דלאו כ"ע דינא גמירא, לעולם יהיה לעז אם הבעל צווח גרשתי בטעות ושהגט בטל ובניה ממזרים, אף שהאמת אינו כן כיון שלא גרש על תנאי זה בתנאי כפול, מכל מקום כיון שלפי מחשבתו הוא כן, יוציא לעז זה ...

סוף דבר אני אומר אף שהראתי פנים להקל בדין זה, עכ"ז לא מלאני לבי לחלוק על דין פשוט של סדר הגט המוסכם להלכה מכל ישראל. גם לא ראיתי שום חילוק בין נדון השאלה לנדון של סדר הגט. אמנם מכל מקום מי שלבו רחבה ורואה קלקולים בחדול הגט ורוצה לסמוך על דעתו להקל לענ"ד ימצא סמיכה קצת בהערות הנ"ל. כנלענ"ד, עכ"ל הבנין ציון.

העולה מתשובה זו, דפשיטא ליה לבנין ציון דלענין דייעבד אין כל חשש בכשרות הגט, מאחר שהבעל לא התנה בעת מתן הגט בתנאי כפול שמגרש על מנת שלא יחוייב בתשלום דמי הכתובה.

אך לענין האם לכתחילה יש לסדר גט במקרה שהבעל יוכל להוציא לעז שעל דעת כן גרשה, לדעת סדר הגט למהר"י מינץ, לכתחילה אין לסדר גט במקרה כזה עד שהענין יוסדר בדרך שלא יוכל להוציא לעז. ופשיטא דאף שבסדר הגט הבעל אומר שנותן הגט בלא תנאי, מ"מ לענין חשש הלעז לא יועיל.

אך הבנין ציון בסיום דבריו קובע שבמקום שיש לחוש לקלקולים מעיכוב סידור הגט, יש לדון שאין לחוש ללעז כל עוד בשעת סידור הגט הבעל לא אמר בפירוש שעל מנת כן מגרשה, מאחר ולכל השיטות שהביא השו"ע בסי' י' סעיף ג' אין לחוש ללעז כל עוד הבעל לא אמר בפירוש בשעת סידור הגט שעל מנת כן מגרשה. אמנם מהר"י מינץ סבר דנידון זה

מכתובה ונדוניא והתוספת, והבעל אומר לא תקבל ממני מאומה, אחרי שעל פי דין המלכות לא יהיה לה, גם אם יקנה נכסים מה שאין לה עתה, ונשאלתי אם מותר לסדר גט כזה בשהאשה אינה מוחלת על תביעתה."

מתוך האמור שם בתשובה היה ברור להגר"י עטלינגר ז"ל בעל הבנין ציון שהבעל טועה ואמנם האשה תוכל לקבל את כתובתה ותוספת כתובה ונדוניא, אך לא הבהירו זאת לבעל והבעל עומד בטעותו שסבור שמאחר ועל פי דין המלכות לא מגיע לה סכום זה לא תוכל לגבותו. ולהלן עיקרי התשובה -

"לפי המבואר בסדר הגט סעיף פ"א בהג"ה, צריכה האשה קודם נתינת הגט להחזיר לבעל הכתובה כדי שלא יבואו אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה, ושיאמר הבעל ע"מ כן לא גירשה. וכן נאמר שם בסימנים הקטנים בסדר הגט סי' רי"ט יזהירם הרב שלא יהיו קשורים ביחד בשום דבר, והדין נובע מסדר הגט של מהר"י מינץ שכתב שמצא כן בכתב מהור"ר איסרלן ז"ל. וביאר שם הטעם מהא דתנן פרק השולח נשאת לאחר והיא תובעת כתובתה אמר רבי יהודה אומרים לה שתיקתך יפה מדיבורך, ומפרש רש"י ותוס' דמצי אמר לה אדעתא דיהיבנא כתובתך לא גרשתין, וכן הלכה. לכן דן הר"י מינץ שצריך לסלק תביעת הכתובה קודם הגירושין, שלא יבוא הבעל ויאמר על דעת דליתן כתובה לא גרשתי, כי אמרתי שלא תתבע כתובתה או שאפטר לשלם מאיזה טעם שיהיה.

אכן קשה לכאורה על טעם דר"י מינץ, שהרי בגטין (דף מ"ה) אהא דהמוציא את אשתו לא יחזיר אמרינן א"ר יוסף וכו' והוא שאמר לה וכו' אי אמר לה הכי מצי מקלקל וכו' א"ד וכו' ע"ש. והיוצא משם דפליגי תרי לישנא אליבא דר"נ אם אפילו בלא אמר בפירוש מפני מה מוציאה מכ"מ לא יחזיר משום קנס, אבל עכ"פ חשש קלקול ולעז לא שייך רק באמר בפירוש שמתעם זה מוציאה. ולפי האמור שם (דף מ"ו ע"ב) בסוגיא דאיילונית מבואר דלר"מ דס"ל דבעינן תנאי כפול לא יכול לקלקלה כי אם בכפליה לתנאיה. וא"כ במה שיש לה תביעה עליו מכתובה וכדומה איך יכול לקלקלה אם לא אמר בפירוש שמגרשה על מנת שלא לשלם לה כתובה ונדוניא.

והנה בזה אם בעינן שכפל לתנאו כבר יש פלוגתא בין הראשונים הביאה הטור באהע"ז (סי' י'), והוא פסק כשיטה שצריך לכפול. ובשו"ע שם סעיף ג' הביא ג' שיטות בזה, ולשיטה האחרונה שהיא שיטת הרמב"ם אפילו לא אמר מפני כך אני מוציאך לא יחזיר, וכפי הנראה פסק השו"ע כן מדהביא שיטה זו לבסוף. אכן גם לפי שיטה זו אין הטעם דלא יחזיר משום דיכול לקלקלה בלא אמירה ג"כ, אלא שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא דר"נ דמשום שלא יהיו פרוצים לא יחזיר. ולפ"ז לכל השיטות בלא שאמר בשעה שמגרש שעל מנת כן הוא מגרש, לא יכול לקלקלה אח"כ ולומר אלו הייתי יודע וכו', ואיך שייך לעז בלא נתן כתובה.

כשר ויכפוהו בשוטים לגרש עד שיאמר רוצה אני ויגרש, לא כן כשהוא מוטעה.

בספר ויאמר יצחק חלק אה"ע סי' קלה הביא מדברי הכנה"ג, ומאחר והרב ויאמר יצחק סבר שאין לחוש לגט מוטעה בלא תנאי מפורש, כתב לבאר דברי כנה"ג כדלהלן - "היינו דוקא בגט מוטעה בתנאי כהלכתו בכל משפטי התנאים, או בעל מנת דומיא דחליצה שאומר לו חלוץ על מנת שתתן וכו'. אבל בהטעיה כנ"ד שאין כאן שום תנאי בגירושין, ולא שיגרשנה על מנת שתמחול לו בכתובתה כי אם שהטעית אותו במחילה כדי שיגרשנה ומעולם לא התנה הבעל שום תנאי בגירושין, שפיר הוא גט כהלכתו, ויכולה אח"כ לומר לו משטה הייתי כך מחמת המודעה שקדמה למחילה".

בשו"ת עין יצחק ח"ב חלק אה"ע סימן מ' שהוא מהמחמירים בגט מוטעה, וכמבואר לעיל דן בשאלה זו.

בתחילה כתב שם (בס"ק טו) וז"ל - "והנה אחר זמן הודיעו לי כי הבעל בנידון דידן הנ"ל הי' מן הכופין להוציא לפי דלא היה לו גבורות אנשים וטענה חוטרא לידא כו' ובוהו הוא מן הכופין בשוטי וכמבואר בסי' קנ"ד ובאחרונים. ולפי"ז הי' מקום לדון לכאורה ולסתור לכל מה שכתבתי לעיל. והוא דהסברא נותנת דכיון דהוא מן הכופין להוציא ע"כ אף דלא קיימה כפי דברי הבעל עכ"ז כשר הגט. ואף דהא גם היכא דכופין להוציא בעינן שיאמר רוצה אני. מ"מ הא מצינו כעין זה גבי חליצה ביבמות (דף ק"ו) דחליצה מוטעת כשרה ומפרשי דמייירי בא"ל חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים".

אך מסקנת העין יצחק שהגט פסול אף בכה"ג. וז"ל שם בס"ק יח - "אבל באמת לדינא אנכי עומד על משמרתו וכמו שכתבתי מתחילה להחמיר בנ"ד כיון דלא רצה בשום אופן על הגט רק על סמך דגמרה וקיבלה עליה שלא תדור במוש, ע"כ יש לנו אומדנא דמוכחא וגילוי דעתו הברורה דאם לא תקיים כן ידיהה הגט בטל. והא לכללא אמרו ביבמות (דף ק"ו) דחליצה מוטעת כשרה וגט מוטעה פסול. ופשט הסוגיא הוא דאף באותן שהם מן הכופין לגרש דג"כ אמרו דגט מוטעה פסול וכמו שכתב היש"ש ביבמות שם סי' ל"ב דהך גט מוטעה פסול קאי גם בהנך דכופין לגרש וכנ"ל. והא גם נ"ד הוא בכלל הך גט מוטעה דאמרו דפסול ואין לחלק. ובאמת בע"כ מוכח דשאני חליצה דכיון דאף תנאי גמור לא מהני בחליצה לבטל להחליצה ע"כ גם היכא דלא אמר בלשון תנאי לא מבטלינן להחליצה. משא"כ גבי גט דתנאי גמור ודאי מהני בגט לבטל להגט אם לא נתקיים התנאי. וה"ה היכא דלא היה בדיני תנאי ובלשון תנאי רק אומדנא דמוכחי דג"כ נתבטל הגט אם לא נתקיים כפי שגמרו ביניהם. וע"כ בנ"ד הגט פסול כיון דאומרת דלא קיבלה עליה בח"ח ע"י הב"ד שלא תדור בעיר מוש, ורמזהו להבעל בזה, והוי בכלל גט מוטעה דפסול".

וכן בשו"ת בית אפרים מהדורא תניינא חלק אה"ע סי' עה דן בשאלה זו, בתחילת דבריו כתב, וז"ל - "בנ"ד פשיטא, שאם לא היה רוצה גט, דינא הוא דכופין אותו, וא"כ מכ"ש

שלא סודר עניין הכתובה שתמו כפירושו שנתן הגט, רק על דעת כן שלא תוכל לתבוע הכתובה אחר כך, ולולי זאת לא היה מגרשה, ודמי לאילונית דסתמו כפירושו. אך נראה שהבנין ציון נוטה שבמקום אפרושי מאיסורא וכיוצ"ב יש לצדד דלא כסברת מהר"י מינץ, ואם לא אמר בעת סדור הגט שעל מנת כן מגרשה אין לחוש אף לעניין לסדר הגט לכתחילה.

אך נראה שגם לדעת מהר"י מינץ, באותם תשלומים שהבעל טעה וסבר שיפטר מהם, אך אינן נובעים מהגירושין, או אף אם נובעים בהכרח מהגירושין והבעל רצה להפטר מהם אך אין אומדנא דמוכח דאילו היה יודע שיחוייב לא היה נותן גט, מאחר שאינו דומיא דאילונית, י"ל שגם מהר"י מינץ מודה דבסתמא אין לחוש ללעו ויוכלו לסדר הגט אף לכתחילה.

בעל שהוטעה ונעלם ממנו שהגירושין כרוכים באיסור

הנודע ביהודה בתשובה מהדו"ק סי' עה כתב שאם סודר גט בדרך שיש בה משום איסור חרם דרבינו גרשם, אך הבעל לא ידע מכך, הרי זהו גט בטעות ובטל. וז"ל הנודע ביהודה - "גם הבעל טעה וסבר שאינו עובר חרם דרבינו גרשם והוא גט בטעות, ואף שביטל הבעל כל המודעות, אבל אנן סהדי שנגד דת התורה לא היה עושה, וטעות זו לא קיבל אנפשיה".

ועיי"ש שכתב סברא כזו גם ביחס לשליח, שאם הוטעה והתברר שיש איסור במסירת הגט, השליחות בטלה, והביא כן שכן כתב בחי' הריטב"א עמ"ס קידושין דף מב:.

אך בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע סי' קיד (דף סז.) דחה דברי הנודע ביהודה וכתב - "ז"א, דא"כ בכהן שמקדש גרושה ולא ידע שהיא גרושה, וכן שאר חייבי לאוין, נימא דהוה קידושי טעות כמו מומין ונדרים. ולהדיא אמרינן דבחיבי לאוין ולא הכיר בה אף כתובה יש להן. והר"ן כתב החילוק דבנדרים ומומין ודאי אינו מתפייס, משא"כ באיסור, סברא שמתפייס וערב עליו המקח".

גט מוטעה בבעל שעל פי הדין אפשר לכופו לגרש

באותם מקרים בהם יש לפסול את הגט מפני היותו גט מוטעה, לדעת הפוסלים וכפי שהתבאר, יש לדון האם יש צד קולא במקרה שהדין נותן לכופו או לחייב את הבעל בגירושין. שאלה זו התבררה בתשובת הבית אפרים ובעין יצחק ובספר ויאמר יצחק.

בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' קנד הגה"ט ס"ק יט כתב - "ודוקא בכפייה, אבל בגט מוטעה פסול. משפט צדק ח"א סי' נח". ובתשובת משפט צדק כתב - "וא"כ בנ"ד שאמר שהטעהו, הגט בטל כל שלא נתקיים התנאי כהלכתו. ואי משום דלא היה רוצה לשלם מזונות לאשתו ואמר רב בפרק המדיר שהאומר איני זן ואיני מפרנס יוציא ויתן כתובה, ואיכא פוסקים כרב ... אפילו לדעת בה"ג וג"כ דכוותיה אחרוני דפסקו כרב, מ"מ לאו מילתא היא בנ"ד. דגט מעושה

שמחלו לו הנדוניא, מ"מ כיון שרשאי להטעות אותו בכה"ג והוא נתן אח"כ הגט בביטול כל מודעות אין שום חשש בזה. ובפרט כיון דבעיקר הגט באמת מרוצה דאם לא היה מרוצה לעיקר הגט, לא היה מתרצה אפילו על ידי מחילת הנדוניא. וע"ע בספר אוריין תליתאי (להגר"מ תאומים ז"ל) סי' א' שדן להקל בגט מוטעה במקום שהדין נותן לכפותו, אך דבריו אינם ברורים, עי"ש.

העולה מדברינו, במקום שעל פי הדין ניתן לכפות את הבעל לגרש, אך נתן מרצונו והוטעה. לדעת תשובת משפט צדק והעין יצחק אין מעליותא בכך שהבעל מחוייב בגט, והגט בטל, והיינו לשיטתם שפסלו גט במקרה שהטעו את הבעל וקיימת אומדנא שאילו ידע מעיקרא את האמת כפי שהיא, לא היה מגרשה.

בתשובות ויאמר יצחק בית אפרים ואור גדול הסכימו לזה רק במקרה שקיים תנאי ממש בגירושין, וכל עוד לא התקיים התנאי הגט בטל, אע"פ שהבעל הוא מאותן שכופין לגרש. אבל במקום שהבטיחו לבעל הבטחה, כגון לתת לו ממון, ועל סמך הבטחה זו גרש, ואח"כ ההבטחה לא קויימה, בכה"ג מאחר ובסדר הגט אמר שמגרשה ללא תנאי, אלא דעדיין יש לחוש מצד האומדנא שסמך בדעתו לגרש רק על דעת כן שימלאו את ההבטחה, בכה"ג אם הבעל הוא מאותם המחוייבים לגרש, עניין זה מביא אותנו לאומדנא הפוכה, דמאחר ומחוייב לגרש גמר בדעתו לגרשה ללא כל תנאי.

אך נראה שסברא זו קיימת רק באותם שבית הדין פסקו עליהם שחייבים לתת גט, והם יודעים זאת, ובכה"ג סברת הבית אפרים היא סברא חזקה, ובפרט במקום שניתן להשתמש באמצעי כפיה כנגדו, וברור לו שאם לא יגרש מרצונו, יכפוהו לכך. אך אם בעת סידור הגט הבעל לא ידע מכך שהדין מחייבו בגירושין, אף אם אח"כ פסקו כן, אין כאן סברא להקל מצד מה שהתברר למפרע שעל פי דין היה מחוייב בגירושין.

כשרות הגט שניתן לאחור שבי"ד פסקו בטעות שחייב לגרש

אם התקיים דיון בביה"ד, ובסופו ניתן פסק דין שהבעל חייב לגרש את אשתו, וקיימת אומדנא שהבעל גרש את אשתו רק בעקבות פסק הדין, ולאחר הגירושין התברר שביה"ד טעו בפסק דינם, ועל פי הדין הבעל אינו מחוייב לגרש.

לא מיבעיא לדעת הפוסקים המחמירים כשהטעהו בענייני ממון, ק"ו שיחמירו בטעות שהיא בעיקרה של ההחלטה לגרש, אך גם הפוסקים שהקלו בהטעה בהשלשת חפצים וכדומה, היינו מטעם דס"ל דמאחר והבעל רוצה לגרשה בכל מקרה, אין הרצון תלוי בקבלת החפצים, וכמו שהתבארה דעתם לעיל. אבל אם הרצון לגירושין נובע מכח פסק הדין, פסק דין שלאחר זמן התברר כמוטעה, יש לדון כגט מוטעה.

שיכולים להטעותו, שאף שגט מוטעה פסול, היינו כשאינו מאותם שכופין להוציא, משא"כ באם הוא מאותם שכופים להוציא לא משגיחין שיתקיים התנאי שהתנה ע"מ שתתן לי מאתיים וזו שהטעהו על ידו, כיון דאף כשלא היה מרוצה כלל היה מן הדין לכופו אותו, וא"כ גם בזה אף שלא נתרצה כי אם בתנאי, אין משגיחין בו.

ומסקנת הבית אפרים - "אך אחר העיון נראה שאין מועיל גט מוטעה אף באותן שכופין, דאף שגט מעושה כשר, היינו לפי שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ואז אמרינן דבאמת גמר ומגרש, משא"כ כשאין עושין לו כפיה רק ברצון הוא מגרש ועל תנאי, מה בכך שמן הדין כופין, השתא מיהא לא גמר ומגרש כי אם על תנאי, וכל שלא נתקיים התנאי אין הגט כלום".

אך הבית אפרים מסיים שיש לחלק בין תנאי ממש לבין מי שהטעו אותו, (וכמו שהבאנו מתשובת ויאמר יצחק). ח"ל - "ואמנם נראה דודאי אם היה תנאי גמור בשעת הנתינה, אע"פ שרצו להטעותו בזה והוא מאותן שכופין, מ"מ כיון שמתנה לפנינו שעל תנאי זה הוא נותן, הרי לפנינו דלא גמר ויהיב כי אם על תנאי זה. משא"כ בנדון דידן דבאמת נתן בלי תנאי, רק שנאמר מחמת אומדנא שסמוך לבו שיקיימו הבטחה ליתן לו מעות, בזה שפיר י"ל כיון שהוא יודע שמוכרח ליתן גט, בודאי גמר ויהיב שתהיה מגורשת ממנו ולא תתעגן. ואף שבלבו שיתנו לו מעות, אין כאן אומדנא שתלה בדעתו נתינת הגט בנתינת המעות, שהרי נתן בסתם ולא הזכיר שום תנאי, ואדרבה אמר בפירוש שנותן בלא תנאי. ועיין בתוספות דב"ב דהא דמהני כפיה, דכיון שהוא מחוייב מדינא גמר ומקני".

ובספר אור גדול (להגדול ממינסק) סי' מז כתב - "בנידון דידן נראה פשוט דליכא שום אומדנא דדוקא אדעתא דהכי גירש, משום דהם היו מחוייבים עפ"י דין לגרשה, וא"כ איך נימא אומדנא דלולא זה ודאי לא היה מגרש, כיון דהיו מחוייבים עפ"י דין אף לולי זה". ועיי"ש בהגה"ה שהרב השואל השיג על תשובת האור גדול וכתב דגט מוטעה פסול אף במקום שעפ"י דין כופין לגרש, אם לא כפוהו והטעהו בטל הגט, וה"ה אי איכא אומדנא ולא נתקיים כפי האומדנא דהוי גט בטל. ועל זה השיב הרב המגיה בנו של האור גדול שאין כוונת אביו בתשובה להכשיר גט מוטעה במקום שעפ"י דין כופין לגרש, אלא לבאר מדוע לא יחשב גט מוטעה, וכתב הטעם שעקב חיובו בגט אין אומדנא שדוקא אדעתא דהכי גרש, וכן מטעם נוסף המבואר שם בתשובה, עי"ש.

לעיל בסוף פרק א' הבאנו מתשובת פרי השדה ח"ד סי' כ', להקל כשגרש לאחר מחילת חיוביו לאשתו ולאחר מכן חזרה ותבעה זאת בערכאות. ועוד כתב שם - "כיון שדרכו של זהו הבעל לעזוב אשתו, וא"כ מותר לעשות כל טעדיקי שבעולם לפתות אותו לגרש, וא"כ כיון שגרש אחר כך בביטול כל מודעות וכל התנאים כמו שנהגו כל מסדרי גיטין, פשיטא דהגט כשר, דאפילו אם נימא שהטעהו בכך מה

ומעושה שיש בזה חששא גדולה של כשלון באיסור אשת איש דאורייתא ח"ו, כנלע"ד.

ובחזו"א חלק אה"ע סי' צט סק"ב כתב - "יש לעיין בחייבוהו חכמים לגרש ולא כפוהו בשוטי, ונמצא שחייבוהו שלא כדין, אי חשיב אונס. ומהא דכתבו (בב"י סי' קלד וסי' קנד) שאם נשבע לגרש שיתירוהו קדם דלא ליהוי דומה לאונס, וכתבו דמן הדין לא הוי אונס כיון דנשבע מעצמו, משמע דאם הוא אונס משום מצוה חשיב אונס. וא"כ אם הוא אונס משום מצוה לשמוע, נמי חשיב אונס. ועוד שחשיב גט בטעות דאילו הוי ידע שאינו חייב לא היה מגרש, אבל באנסוהו בשוטי אין כאן טעות שהרי היה מוכרח לגרש כדי להנצל, אלא התם בטל משום אונס."

(אמנם מבואר ברדב"ז ובחזו"א להחמיר במקום שגרש בעקבות פסק דין מוטעה, אך הרדב"ז והחזו"א לא דנו בשאלה מסויימת הלכה למעשה אלא כתבו את הדברים כפי שהם מצד הדין, ואין בדבריהם גילוי דעת האם יש קולא כשהבעל אמר בפירוש שמגרש ללא תנאים, כמקובל בסדר הגט, אך מתשובת העונג יו"ט והעזרת כהן נראה שאין נ"מ מכך ובכל גווני יש לחוש שיחשב כגט מוטעה.)

ויעויין לעיל מש"כ לבאר את התועלת שבאמירת הבעל שנותן הגט ללא תנאים, ונראה שבטעות בעיקר ההחלטה לגרש לא יועילו דבריו אלו, מלבד לשיטת הנודע ביהודה).

ובשו"ת עולת יצחק (להג"ר יצחק ציוני ז"ל) סי' רח כתב במקרה שבו יש דעות בפוסקים שאינו חייב לגרש רק בבא לצאת ידי שמים, גם אם ביה"ד סוברים שלמעשה יש לחייבו בגט, ראוי לומר לבעל שלדעת חלק מהפוסקים אינו חייב לגרש אלא לצאת ידי שמים או מצד לזות שפתיים, וכתב - "נחקור חקירה, לדעת הפוסקים שאינו חייב להוציאה רק לצאת ידי שמים, אם אמרו לו הבית דין שחייב להוציאה עפ"י דין גמור, ומחמת זה גירש אותה, אם נקרא גט מוטעה כי אולי אם היה יודע שרק לצאת ידי שמים חייב לגרשה לא היה מגרשה. כי מצינו שיש בני אדם שאם יודעים שחייבים מן הדין מקיימים, אבל אם אין מחוייבים רק לצאת ידי שמים אינם רוצים לקיים, כהא דאיתא בסנהדרין דף ע"ב רבא איגבבו לי' ... וכתבו התוס' שם ... הם לא רצו רק אם יתחייבו בדיני אדם ... ומקום הספק אצלי דמצינו בכמה דברים דאין צריך לתנאי כפול אלא אפילו גלוי דעת מהני, כמו בההוא דזבינהו לנכסי' אדעתא למיסק לארעא דישראל ... וה"נ בנ"ד יש אומדנא דאם לא פסקו הבי"ד שמחוייב לגרשה לא היה מגרשה. ונראה לע"ד דאין לאמוד מעצמינו בגט אלא במקום שאמדו חז"ל כגון בגט שכיב מרע הנ"ל, דהא קיי"ל גילוי דעתא בגיטא לא מילתא ... צ"ע לחלק בין גט ש"מ לבין מי שמגרש מחמת שפסקו לו הבי"ד. ונראה לחלק דאדרבה דהתם שגירש מעצמו לטובתה ודוקא בעת שהיה שכיב מרע אנו אומדין דעתו דאם היה יודע שיחיה לא היה מגרש אותה. משא"כ אם גרש מחמת שציוו לו הבי"ד, קיים בזה מצוה לשמוע דברי חכמים, ואף שטעו, אבל

להלן מש"כ בזה הרדב"ז בתשובה (חלק ד' סי' פט, תשובה אלף קס) - "כשהאשה מותרת לו ואנחנו אומרים לו שהוא חייב לגרש, הוא סומך עלינו, וכיון שלא היה חייב לגרש נמצא הגט מוטעה".

אלא אם על פי דין האשה נאסרה עליו, אלא שאינו חייב לתת גט, כגון לשיטת התוספות בזבחים (ב): שאינו מחוייב לתת גט לאשתו שזינתה וסגי בהפרשה. בנסיבות אלו כתב הרדב"ז, - "היכא שהאשה אסורה עליו, אעפ"י שאנחנו אומרים לו חייב אתה ליתן גט לא הוי גט מוטעה, שהרי בשעה שהוא נותנו לה לאו עלן קא סמיך אלא על עצמו הוא סומך, כיון שאינה ראויה לו מתיר אותה לגמרי לעלמא וגמר וגרש מדעתו בלא טעות כדי שתנשא לעלמא, שהוא מפרש דברינו מה שאמרנו לו חייב אתה ליתן גט, כדי להתירה לעלמא אמרנו כן, ונמצא שאין בגט טעות כלל. ועוד שכיון שהיא אסורה עליו, מה שאומרים לו חייב אתה ליתן לה גט, הוא כדי לכרות בינו לבינה ולהתרחק מן הכיעור ומן הדומה לו, ולא מן הדין, כי בהפרשה הוה סגי, ושייך שפיר לשון חיוב בכהאי גוונא, והילכך אין כאן דין גט מוטעה", עכ"ל הרדב"ז.

ועיין בשו"ת שערי דעה ח"א סי' קיט שהביא את תשובת הרדב"ז והסכים עמו, ועיי"ש במש"כ לבאר הלכה זו.

וכן בספר עונג יו"ט סי' קסח האריך להוכיח שאם בית דין פסקו בטעות שהבעל חייב לגרש, ומחמת כן גרשה, הגט פסול מהתורה כדין גט מוטעה, (וע"ע בשו"ת מנחת יצחק חלק ח' סי' קלו).

ובאבני נור חלק אה"ע סי' לה סק"ח כתב שבמחלוקת הפוסקים בשאלת איסור האשה על בעלה, אין להורות לו שחייב לגרש, שאם כן הוי גט מוטעה מאחר והדבר שנוי במחלוקת, אך אפשר לכפות אותו על הפרישה מאשתו מחמת ספק איסור, ואם יגרשה מחמת כן, לא יחשב גט מעושה כיון שאינו מעושה על הגירושין אלא על הפרישה.

ובשו"ת עזרת כהן (להרא"ה קוק ז"ל) בסוף סי' מא דן במקרה שהיה נוטה לומר שהאשה אסורה על בעלה וחייב לגרשה, אך היו כמה צדדים לקולא. ובסיום דבריו כתב - "קשה לגזור עליהם גירושין מעיקר הדין, שאולי יש מקום להתיר מצד כל הצדדים שדברנו ובארנו, ואז אם יגרש אותה מפני שנאמר לו שהיא אסורה יש לחוש לגט מוטעה ... והויא חומרא דאתיא לידי קולא".

ואח"כ הביא את דברי הרדב"ז הנזכרים לעיל, והוסיף - "משמע מזה דאם באמת היא מן הדין מותרת לו, אם נאמר שחייב ליתן גט הרינו נכנסים בספק גט מוטעה, ונמצא שהחומרא שנחמיר בזה, ולא נקח את הצדדים של ההיתר שצדדנו בזה, תהיה חומרא דאתי' לידי קולא. ע"כ נלע"ד שראוי לפייס אותם ולומר להם שיתגרשו מרצונם הטוב, מפני שאין בירור להיתר ישיבתם יחד, ואם יתרצו להתגרש מה טוב, ואם לא ירצו להתגרש אין אחריותם עלינו. ומפני תקנתם של קלי עולם הללו לא נכנס לספק גט מוטעה

בשעת סידור הגט, נראה דליכא לעז בכה"ג. ע"ש. מ"מ ראיתי בשואל ומשיב תנינא (ח"ג סי' ו') שכתב, שדברי האבני מלואים תמוהים בזה. שא"כ נפל כל הדין דחיישינן לקלקולא, הואיל ובזה"ז מבטלין כל התנאים בשעת הגירושין. וזה אינו. שא"כ למה נכתב בש"ע ... והנה בטוש"ע חו"מ (ס"ס כה) איתא, דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה, ועשה זה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע, ואח"כ ידע שאינו בן שבועה, אע"פ שקנו מידו על הפשרה, אינה כלום, דקנין בטעות הוא וחוזר. ע"כ. ומקורו מתשובת הרי"ף. ומינה לנדון דידן שאומרים לו הבי"ד שהוא מחוייב לגרש, ועל סמך זה הולך ומגרש את אשתו, דהו"ל גט מוטעה. הן אמת שכתב הרמ"א בהגה שם, דדוקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה, או כדומה לזה. וא"כ נראה דה"ל צריך הבעל לגלות דעתו שהוא מגרש מפני פסק הדין שחייבוהו לגרש את אשתו, הלא"ה לא חיישינן. מ"מ הרי בודאי שפעמים רבות אומר כן בפירוש כשהולך לב"ד לגרש, ויש לחוש להטעאה. ועוד דלעז מיהא איכא בכל גוונא, דאלת"ה תקשי לך הא דפסק מרן באה"ע (סי' י'), שהמוציא אשתו משום ש"ר, אפילו לא אמר לה משום כך אני מוציאך, לא יחזיר. וע"כ דלגבי איסורא חיישינן טפי ואיסורא מממונא לא ילפינן, דעכ"פ לעז מיהא איכא ... וע"ע בעזרת ישראל שם שכתב דה"ל גבי גט לא חשיב גט מוטעה בדיעבד, ע"ש. ומ"מ נראה דלכתחלה מיהא חיישינן גבי גט, מטעם שכתבת, דלעז מיהא איכא. ודו"ק.

המורם מכל האמור כי אין לכתוב בפסק דין שהבעל חייב לגרש את אשתו, אא"כ באותם שמנו חכמים כופין אותם להוציא. ולכן מכאן ולהבא יהיה נוסח פסק הדין בלשון שהבית דין מיעצים לבעל לגרש את אשתו. או שהב"ד מוצאים לנכון שהבעל יגרש את אשתו, שאין בלשונות אלו משמעות חיוב כלל. וכ"כ בשו"ת חוט המשולש ח"ד (סי' לה). ע"ש. עכ"ל תשובת יביע אומר.

ויש לציין שקיימת אי בהירות בתשובה זו. שהגר"ע יוסף שליט"א פתח לדון במקרה בו בית הדין נוכח לדעת שנכון שבני הזוג יתגרשו, אך אין מקום על פי ההלכה לפסוק חיוב גט. ובסיום התשובה כתב "כי אין לכתוב בפסק דין שהבעל חייב לגרש את אשתו, אא"כ באותם שמנו חכמים כופין אותם להוציא". היה מקום להוסיף כי באותם אלו שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה" יש מקום לפסוק שהבעל חייב לגרשה, ולציין כי לא ינקטו כנגדו אמצעי כפיה מעשיים. ופשיטא שאין למנוע מבית הדין לפסוק את הדין כפי שהעלו לאחר העיון בפוסקים, ויכתבו את פסק הדין כפי שהוא, ויבהירו לבעל את משמעות פסק הדין. במקום בו יש חיוב גט בלא כפיה כלל, יבהירו לו שמכח פסק דין זה לא יכפוהו לגרש, אך הדין קובע שעליו לגרשה, ואם אינו מגרשה יקרא עבריין. ובמקרה שפסק הדין הובהר לבעל באר היטב, אין מקום לחוש ללעז וק"ו שאין מקום לחוש לגט מוטעה. ובכל המקורות שהביא בתשובת יביע אומר, אין לסתור הנהגה זו. ואילו באותם מקרים בהם אין על פי ההלכה מקום לפסוק

הוא קיים המצוה ... אבל אכתי יש לספק דהא בדיני ממונות מצינו מפורש בחו"מ סוף סי' כ"ה דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב ועשה זה פשרה עם בעל דינו שלא ישבע ואח"כ ידע שאינו בן שבועה, אע"פ שקנו מידו על הפשרה אינו כלום דפשרה בטעות הוא. והרמ"א כתב ודוקא שגילה דעתו הוה טעות אע"פ שנעשה עפ"י בי"ד. צ"ע אם יש לחלק בין גיטין ודיני ממונות ... מצאתי בספר קצות החשן בסי' ע"ה סק"ד שהביא בשם שו"ת בית יעקב דאם היה סבור שחייב עפ"י דין ופרע ואח"כ נודע לו שאינו חייב רק לצאת ידי שמים, הוה מחילה בטעות והביא ראיה מהני דיכרין דרבא שהבאתי לעיל, והקצות החשן חולק עליו ע"ש.

ובספר יביע אומר ח"ב (אה"ע סימן י') כתב - "נדרשתי אודות המנהג שנהגו כאן בבית הדין זה כמה שנים, שכאשר נראה בעיני חברי בית הדין שהיותר נכון לגרש, היו נותנים פסק דין בסגנון זה כי הבעל חייב לגרש את אשתו. ולפע"ד אינו נכון לעשות כן".

עיי"ש שהביא את תשובת הרדב"ז, ואח"כ כתב - "הראת לדעת שכל שהיא מותרת לו, אע"פ שבאיזה מקרים מסויימים נראה להם להב"ד להפריד בין הדבקים, עכ"פ אין כאן חיוב לגרש, שאין חייב להוציא אלא במקום שאמרו חז"ל בהדיא וכדאיתא בכתובות (עז). ונמצא שבנתינת פס"ד זה מבית הדין, הוא בא לכלל טעות, שסובר שכן הדין מחייבו, והו"ל גט מוטעה ... נראה שאין לומר לו שהוא חייב להוציא, שיש לחוש לגט מוטעה. וכעין מ"ש בגיטין (דף מו) שהמוציא אשתו משום שם רע או איילונית, שאינו מחזיר שמא תלך ותנשא לאחר ונמצאו דברים בדאים, ויאמר אילו הייתי יודע שכן הוא, אפילו אם היו נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה, ונמצא גט בטל ובניה ממזרים וכו'. ועיין בתוספות שם, דחששא זו אינה אלא לעז בעלמא, ולא שיהיה ממש גט בטל ובניה ממזרים, דהא לא אמר על מנת. ע"ש. וה"ל הואיל ואומרים לו שהוא חייב להוציא, יוכל לומר אילו ידעתי שאיני מחוייב ע"פ הדין לא גירשתי, ונמצא מוציא לעז על הגט. ועיין בש"ע אה"ע (סי' י' ס"ג), שפסק, שהמוציא את אשתו משום ש"ר או איילונית, אפלו גירשה בסתם, ולא אמר לה מפני כך אני מוציאך, לא יחזיר. ע"ש. ועיין בפתחי תשובה שם (סק"ג) בשם הנוב"י, שאפילו להחולקים כיון שהרב א"ל שהוא חייב לגרשה עדיף טפי מאמר מעצמו משום ש"ר. ואע"פ שאין לבטל הגט מחמת זה כיון שגירש בלי תנאי וביטל כל התנאים כנהוג בינינו בשעת סידור הגט, מ"מ אסור לבעל להחזיר את אשתו. ע"ש. ומבואר דאף בזה"ז שמבטלין כל המודעות ומגלה דעתו שמגרש ברצונו הטוב, אסור לבעל להחזיר את אשתו, פן יוציא לעז עליה, וחיישינן לקלקולא. וכן נראה ממה שהובא דין זה בש"ע, אע"פ שגם אז היו מבטלים כל המודעות, ומגלים דעתם שמגרשים ברצונם הטוב בלי שום תנאי כלל. וכמ"ש (בסי' קנד סדר הגט סי' ד וס"ב). ע"ש. ואע"פ שהאבני מילואים (סי' י') כתב לחלוק על דברי הנוב"י הנ"ל, שכיון שאומר בפירוש שהוא מגרשה בלי שום תנאי, כנהוג בינינו

החילוק הוא בין אם גילה דעתו או לא גילה דעתו, וכמו שנראה מדברי הגר"א. ואם כן הכא בנידון דידן, דלא גילה דעתו בשעת נתינת הגט שהוא נותן רק בשביל שהדין כן, בודאי לא הוה לא טעות ולא אונס.

מסקנת הדברים

הדרך היחידה המוציאה אותנו מחשש בסידור הגט היא שהרב המסדר את הגט יבהיר לבעל שהגט ניתן לאשה בלא שום תנאי, וכי הגירושין אינן מסודרים בכפוף לעניין כזה או אחר שארע בעבר ושגרם לו לתת גט לאשתו. וגם אם לאחר זמן יתברר שהיתה טעות בגורמים שהביאוהו להחליטה לתת גט, והם אינם כפי שסובר בעת, הגט אינו ניתן בכפוף לכך. במידה שבית הדין פסק לחייב את הבעל בגירושין, יש להבהיר לבעל את טיבו של פסק הדין, כגון במידה שלא פסקו לכופף את הבעל אלא רק לחייבו בגט, יש להבהיר לו את המשמעות המעשית של פסק הדין, ושפסק דין זה אינו קובע לנקוט נגדו אמצעי כפייה, כמאסר וכיוצא ב.

חיוב גט, פשיטא שאם פסקו לחייבו בגט ומכח פסק הדין הבעל מגרשה, שיש לחוש לגט מוטעה.

ולסיום נצטט מתשובת עזרת ישראל (להגר"ר ישראל איסר רפאל שפירא ז"ל) סי' לד שרמזו עליה מתשובת יביע אומר, וז"ל – "אין לומר דזה קרוי כפיה במה שאמרו לו שעפ"י הדין הוא מחוייב להוציא ובאמת אינו כן, וזה הוי אונס או טעות. דזה אינו ... וגדולה מזו מצאנו אף לגבי פשרה כתב רמ"א בחו"מ סי' כ"ה סעיף ה' ודוקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה. וציין הגר"א בסוגיא דב"מ ס"ו דבזבינא מחילה בטעות הוי מחילה, ועיין בשטמ"ק שם שהביא בשם הרמב"ן והריטב"א וז"ל וא"ת הכא משמע דס"ל לר"נ מחילה בטעות הוי מחילה, ואילו בפרק חזקת הבתים אמרינן דלא הוי מחילה. וי"ל דלא דמי, דכי אר"נ דהוי מחילה כשידוע מה שחבירו נוטל ממנו, אלא שהוא סבר שהוא זוכה בו מן הדין כו' והיא שיטתו של רש"י עכ"ל. ועיין בשער משפט שהביא בשם הרשב"ץ לחלק בין כשטועה בעצמו בין שהדיין הטעהו, ואינו מוכרח, רק

סימן פז

בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד

אייר תשנ"ו

לאחר מספר ימים, הגיע בעלה הראשון, וסודר גט נוסף ביניהם. באותו מעמד בעלה הקודם אישר את דבריה שהחזרה למגורים משותפים באותה דירה למשך זמן מסוים לאחר הגט, נעשה לצורך התארגנות בלבד.

השאלות העומדות לבירור הם -

א. האם הגט השני ניתן לחומרא, כדי להתרחק מחשש איסור אשת איש, או שהיה מחוייב מדינא.

ב. האם יש להתיר לבעלה השני לחזור ולדור עמה, ואת"ל

שיש להתיר לו, האם יש צורך בחו"ק נוספים עם השני.

ג. מה דינו של העובר, האם יש לחוש לממורות.

ראשית יצויין שבית הדין שמע את בעלי הדין בלבד שהם - האשה, בעלה הראשון ובעלה השני המאמין לדברי אשתו. מלבד זאת אין בפנינו עדות של שני עדים כשרים המעידים על העובדות שנמסרו לבית הדין.

ביחס לדברי האשה, במסכת קידושין דף יב: מבואר דלאו כל כמינה דאשה נשואה לטעון שהיא התקדשה כבר לאחר ולאסור עצמה על בעלה, וכל עוד אין שני עדים כשרים לא ניתן לאוסרה על השני. אך יתכן שאם נברר ונחפש במקום מגוריה עם בעלה הראשון, נוכל למצוא עדים הכשרים לעדות שיעידו שהאשה דרה עם בעלה בתקופה שאחר הגירושין, כגון שכנים ומכרים הגרים באותו אזור מגורים, ובכה"ג מבואר שם בגמרא שבאיסור אשת איש חוששין לעדים הנמצאים במקום אחר.

הופיע בפני בית הדין זוג נשוי. האשה נישאה בשנית לאחר שהתגרשה מבעלה הראשון בביה"ד במקום אחר. לדברי האשה מיד לאחר הגירושין ועוד באותו היום, היא ובעלה הראשון חזרו יחד לביתם, וחיו יחד באותה דירה במשך כשנה עד שנפרדו. בתחילה היתה כוונתה לחזור רק לצורך תקופת התארגנות עם הילדים והעברת החפצים למקום אחר, אך לא היתה כוונה לחזור לחיים משותפים, אלא שהדברים התגלגלו כך שהמשיכו לדור יחד במשך כשנה.

האשה ידועה כאשה שומרת מצוות כולל שמירת שבת וטהרת המשפחה, ואף לאחר הגירושין הקפידה על טבילה כפי שהיתה רגילה קודם לכן, לעומת זאת בעלה הקודם, לא היה מקפיד במצוות, אך בתוך הבית הוא כיבד את אשתו בשמירת שבת ונמנע מלהכשילה באיסור נדה.

לבני הזוג שני בנים, ובאותה שנה הגדול היה בגיל שמונה והקטן בן שש.

לאחר כשנה של מגורים משותפים האשה עזבה את הבית, ולאחר זמן נישאה בחו"ק לאדם אחר. לדבריה, בטרם הנישואין התעוררה שאלת הצורך בגט מהראשון אך קבלה תשובה מרב אחד שהעניין יוכל להפטר בשיחת טלפון, והבינה שהיא רשאית להנשא. הרב המסדר את החו"ק לא ידע מכל הענין, והשיאם.

כעת האשה בהריון מבעלה השני. כשהתבררו העובדות, בעלה הנוכחי עזב את הבית עד שתתקבל החלטה בעניינם.

בעילתו בעילת זנות, ואמרו בשם הרא"ה ז"ל דאפילו עידי יחוד אינה צריכה, דכיון דאשתו היא ועומדת תחתיו כו"ע ידעי שנתייחד עמה ובא עליה, והו דעת יחיד שכל הראשונים ז"ל כתבו שצריכה לעידי יחוד.

מבואר מדבריו, שאמנם לשיטת הרא"ה אין צורך בעידי יחוד דוקא, ואם "כו"ע ידעי", הוי כעדים שבא עליה, ודינם כעידי קידושין. אך הריב"ש נקט שזו דעת יחיד.

דברי הריב"ש הובאו בב"י סי' קמט ובסוף סי' קנה, ללא חולק, ומשמע שהב"י נקט כריב"ש שדעת הרא"ה היא דעת יחיד.

ביאור מחלוקת הריב"ש והרא"ה -

בדברי הריב"ש לא התבאר טעם החולקים על הרא"ה. האם דעתם שאמנם כו"ע יודעים, אך אינו בגדר "אנן סהדי" ובהכרח שיהיו שני עדים יודעים. או אע"פ שזהו כ"אנן סהדי", אך אין בכח "אנן סהדי" להחשב כעידי קידושין.

בתשובת הנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' נב כתב - "ודאי סברת הרא"ה נכונה היא דאדם היושב עם אשתו כדרך איש ואשתו, והוי כידוע שבעל אותה אפילו ליכא עדי יחוד, והכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה. ואמנם אף על פי כן השגת הריב"ש נכונה היא, דמה בכך שודאי בעל אותה וגם הוי כידוע שבעל אותה מ"מ מה יועיל זה לקידושין ... קידושין צריך עדות בשעת הקידושין, ועל איזה שעה יועיל מה שאנו יודעים שבודאי בעל אותה ואין אנו יודעים באיזה זמן, והלא על הקידושין צריך עדות בשעת הקידושין".

וכן הבית אפרים (בתשובה אה"ע סי' מא) נקט שהריעותא לדעת הריב"ש היא, שאין בכח ה"אנן סהדי" להחשב כעידי קידושין. וז"ל הבית אפרים - "נלענ"ד טעמם, דאע"ג דבכל דוכתי אמרינן בדבר הידוע לכל העולם אין צריך עדים, ואפילו אי איכא עדים שאומרים להיפך לא אמרינן בהו תרי כמאה, וכאשר כתב א"ז הש"ך בחו"מ סי' מו ס"ק מט. מ"מ אין זה דומה לכאן, דבקידושין בעינן עדים שיתכונו ליחוד הלזה וידעו שלשם קידושין הוא בועל מחמת סברא דאין אדם כו', וא"כ מה בכך שגלוי לכל העולם שנתייחדו זע"ז ודרים כאיש ואשתו, מ"מ אין איש שם על לב על עסקי הקידושין הנעשים ביחוד הזה, והוי כנותן לה בשתיקה רק שהם נתכונו לקידושין דלא מהני".

מבואר מדברי הנודע ביהודה והבית אפרים, שהריב"ש לא נחלק על הרא"ה בסברא שכתב הרא"ה דמה דכו"ע ידעי הוא כעדים, אלא טעמו של הריב"ש הוא שאלו הם עדים שאינם מועילים כעידי קידושין.

ולדעת הרא"ה, אין זו ריעותא בחלות הקידושין. והסברא היא כפי המתבאר בדברי המשכנות יעקב (חלק אה"ע סי' מב), שכתב - "בקידושי ביאה דעיקרה אף שיש עדי יחוד, אינה רק ידיעה בלא ראייה, וטעם אחד לכולם, משום דבעדות ממון קיי"ל דמהני עדות ידיעה בלא ראייה כדאיתא בשבועות פרק שבועת העדות ובחו"מ סי' צ'. וא"כ קידושין הא ילפינן דבר דבר מממון ... מחזקינן בודאי

ולכן כעת נדון דין זה כאילו באו שני עדים והעידו שהם דרו יחד לאחר הגירושין.

בנוסף, מאחר שבעלה השני מאמין לה כבי תרי שהיא דוברת אמת, הרי שאם נאמר שלפי דבריה יש עדיין זיקת קידושין מבעלה הראשון, הבעל השני אסור לדור עמה דשויה אנפשיה כחתיכה דאיסורא.

מחלוקת הריב"ש והרא"ה

במסכת גיטין דף פא. שנינו - "המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, בית שמאי אומרים אינה צריכה הימנו גט שני, ובית הלל אומרים צריכה הימנו גט שני". ומבואר בגמרא הטעם דאמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה.

ובשו"ע אה"ע סי' קמט ס"א פסק - "המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים ... הרי זה בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות, ואפילו ראו שנתן לה מעות, שחזקה הוא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו לעשותה בעילת מצוה, לפיכך הרי זו מקודשת קידושי ודאי וצריכה ממנו גט".

ובסעיף ב' פסק השו"ע - "נתייחד עמה בפני שני עדים והיו שני עדים כאחד וראו הוא והיא את העדים, אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה, והן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, לפיכך היא ספק מקודשת וצריכה גט מספק".

בשו"ע הביא להלכה את לשון הרמב"ם בפרק י' מהלכות גירושין, הלכה יז והלכה יח, ובשתי ההלכות מירי כשיש שני עדי ביאה או שני עדי יחוד. ויש לדון, מה הדין בזוג שלאחר הגירושין חזרו לחיות יחד למשך זמן ממושך ואין עידי יחוד, אך יש עדים המעידים שכולם ידעו שהם ממשיכים לחיות כזוג נשוי. האם "אנן סהדי" שנבעלה לשם קידושין, ויחשב כעידי קידושין.

נציין שבנידון דידן אין לחוש שיופיעו עידי יחוד ממש, מאחר שהיו עמהם בבית שני הילדים, הרי שעדות שנכנסו יחד לביתם אינה עדות על יחוד. רק נותר לחוש שיופיעו עדים שיעידו שהיה ידוע ומפורסם שדרו יחד, ויתכן שאם ביה"ד יבקש, ימצאו שני עדים כשרים שיעידו עדות כזו.

שאלה זו שנויה במחלוקת ראשונים.

הריב"ש בתשובה סי' ו' העלה בנישואין שנעשו על ידי הכומר (נישואי ערכאות), שאין לחוש לקידושין. ובסוף התשובה כתב הריב"ש שאף לדעת הגאונים שהביא הרמב"ם בהלכות גירושין פרק י' הלכה יט, הסוברים לחוש לחייב גט בפניו הבא על פניו בפני עדים, ומטעם שלדעתם אף בפניו ופנויה אמרינן דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וגמר ובעל לשם קידושין, מ"מ בנישואי ערכאות אין להחמיר שיתן גט, מאחר שלא היו עידי יחוד. וכתב שם הריב"ש, וז"ל - "אע"ג דבקטנה שלא מיאנה והגדילה ונישאת לאחר, אמר רב אינה צריכה גט משני, דכיון שהגדילה עם הראשון מסתמא בעל לשם קידושין, דאין אדם עושה

מיאנה בקטנותה והגדילה ובא עליה ואח"כ מיאנה ועמדה ונישאת, אין צריכה גט משני, דכי גדלה בא עליה לשם קידושין דיודע הוא שאין קידושי קטנה כלום.

יש ראשונים שכתבו דאיירי בכה"ג שיש עידי יחוד. וז"ל הרשב"א בחידושו - "רב אמר אינה צריכה גט משני, דמשהגדילה בא עליה לשם קידושין גמורים מן הסתם, לפי שאינו עושה בעילתו בעילת זנות, ואף היא מתכוונת לכך, וכשנתייחד עמה בעדים, דהן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, ואע"פ שלא פירשו לשם קידושין הרי זה כמדבר עמה על עסקי גיטה וקידושיה ונתן לה סתם שהיא מקודשת". וכן הרא"ש במסכת כתובות פרק המדיר בסוף סי' יא כתב - "והא דאמרינן דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עידי יחוד דאמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה".

ויש שכתבו שגם אם אין עידי יחוד אלא כו"ע יודעים הרי זה כעדים. בשיטה להר"ן עמ"ס כתובות שם כתב - "וא"ת אכתי אמאי א"צ גט משני דהא קידושין בלא עדים הם וקידושין בלא עדים אינו כלום. ותרץ הרשב"א נ"ר דכיון דאשתו היא ועומדת עמו בבית כולי עלמא סהדי דמתייחד עמה ובא עליה, וכיון שכן מקודשת". (ועיי"ש בהערות המהדיר שהעיר מדברי הרשב"א בחידושו שלא כתב כן).

וכן בחי' הרא"ה שם כתב - "אבל בקטנה ... איכא למימר אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, דכיון דקא חזינן דקא ניחא ליה בה, מסתמא אית למימר שכל אדם רוצה שיגמרו נישואיו, ואע"פ שהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין, הכא כיון דהויא מילתא דכו"ע ידעי בה, כו"ע סהדי, וכן המקדש בביאה אינו צריך אלא עידי יחוד, וכן דעת רבינו נ"ר". עכ"ל הרא"ה. לכאורה סיום דבריו צריכים ביאור, מדוע סיים - "וכן המקדש בביאה אינו צריך אלא עידי יחוד", ונראה לפי מש"כ המשכנות יעקב דבריו מבוארים, וכוננתו לומר שעדות זו שכו"ע ידעי היא שוה לעדות עידי יחוד, שגם הם אינן יכולים להעיד בודאות מתי חלו הקידושין ואפ"ה מהני.

וכן תלמידו של הרא"ה הביא דעת רבו. בחי' רבינו קרשקש עמ"ס כתובות כתב - "ואיכא מאן דאמר דהכא בשנתייחד עמה בעדים והן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה. אבל רבינו נ"ר כתב דאין צורך לזה, דכיון דאשתו היא ועומדת עמו בבית, כו"ע סהדי דנתייחד עמה ובא עליה ומשום הכי מקודשת".

(וע"ע בריטב"א עמ"ס כתובות שם והובא בנמוקי יוסף, ואין הכרע בפירושו דבריו, ניתן לפרש שכוננתו כרא"ה וניתן לפרש דבריו כרשב"א).

העולה מדברינו, שבפנינו שתי דעות בראשונים, שתי דעות שקולות, ועכ"פ דעת הרא"ה אינה דעת יחיד כפי שכתב הריב"ש בסי' ו'.

אין הכרח שהרשב"א והריטב"א והרא"ש חולקים על הרא"ה, ושמא נקטו אוקימתא ברורה דאיכא עידי יחוד, ואין בדעתם לשלול בכך את דעת הרא"ה, וחדא מתרתי נקטי.

שנבעלה וכו"ע ידעי וחזו שדרים יחד ומתייחדים. ואטו עדים הרואים הייחוד רואין מעשה הקדושין, רק יודעים הדבר ... וכן מוכרח מהא דמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדק דאמרי בית הלל הן הן עדי יחוד כו' ואטו יודעים העדים שלא יצא אחד מהן לצורכו מעת שנתייחדו לפנייהם ובטל הייחוד שראו, ואף שנתייחדו אח"כ עוד אין עדות על זה ותהוי קידושין בלא עדים. אלא ודאי כיון שראו פעם אחת שנכנסה עמו ללון ביחד, יודעים המה שיבואו לידי הרגל דבר, ואף שנפרדו זה מזה תיכף, יבואו אח"כ לידי זה, וכיון שיוודעים הדבר, המה עדים על הדבר, ואף שלא מתוך הייחוד הזה שראו. ובפרט דעיקר הא דגמרינן דבר דבר מממון כתיב באיסור אשה על בעלה, דכתיב כי מצא בה ערות דבר, ואיתא שם אין האשה נאסרת על בעלה בעד אחד אלא בשני עדים, ואפ"ה אמרינן דבדבר ברור נאסרת וכן בקינוי ונסתרה דהוי כעדים וכדאיתא בכתובות פרק קמא. וא"כ בדין הוא דדבר ברור ליהני בקידושין ג"כ כמו דמהני באיסור אשת איש לבעלה, דמהתם ילפינן לה". עכ"ל המשכנות יעקב.

מבואר ששיטת הרא"ה בנויה על שני יסודות. ראשית, אם כו"ע ידעי שדרים ביחד הרי הם כעידי יחוד. ושנית, עידי יחוד דינם כעידי קידושין אף אם יתברר אח"כ שלא היתה ביאה באותו יחוד אלא רק לאחר זמן, מפני שהעדות של עידי קידושין מועילה אף שהם מעידים רק על תחילת התהליך בלבד, ובלבד שהתהליך הביא לאחר זמן ואפילו זמן ממושך, לידי המעשה ממש. ומעיקרא עידי היחוד דינם כעידי קידושין ואף כשלא ידעו באופן ודאי שבייחוד הזה היא נבעלה, וסגי בידיעה שמסתמא כך יקרה במשך הזמן, וגם ידיעה כזו של "כולי עלמא" שהזכיר הרא"ה, מהני לחלות הקידושין.

העולה מהאמור - מחלוקת הריב"ש והרא"ה תתבאר כדלהלן, לפי הריב"ש זו הלכה בהלכות קידושין שיש צורך שהעדים יבינו וידעו בדיוק אימתי נעשה מעשה הקידושין ובאיזה מעשה הוא מקדשה, וכמו כן עליהם להיות נוכחים שם בזמן חלות הקידושין. ואילו לדעת הרא"ה די בכך שהם יכולים להעיד שבמשך זמן מסויים נעשה מעשה הקידושין, אף שאינם נוכחים באותו מעמד ואינם יכולים לומר מתי ובאיזה מעשה קידשה.

וע"ע בחזו"א אה"ע סי' קכד ס"ק טו, במש"כ לבאר מחלוקתם בדרך אחרת.

יש לברר מה דעת שאר הראשונים ומהי המסקנה להלכה.

במסכת כתובות דף עג. - קדשה על תנאי וכנסה סתם אמר רב שגם אם לא נתקיים התנאי צריכה הימנו גט, וטעמו דאמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין ללא תנאי. ומטעם זה אמר רב הלכה נוספת "דאיתמר קטנה שלא מיאנה והגדילה עמדה ונישאת, רב אמר אין צריכה גט משני". ופרש"י "קטנה יתומה שלא

מיאנה והביאה שתי שערות ואח"כ רוצה להוציאה דפסק בשו"ע צריך לגרשה בגט, כתב הב"ש שנחלקו הדעות אם הא דאמרינן דגדלי קידושין בהדה הוא קידושין מדרבנן או מדאורייתא. ומסיים הב"ש - "וכל זה איירי בידוע בודאי דלא בעיל, אבל מסתמא כל שדר עמה כדרך איש עם אשתו אמרינן שבעיל אע"ג דליכא עידי יחוד כמ"ש ר"ס קמט". וכוונתו לדברי הרמ"א בריש סי' קמט שכתב שאם גלוי לכל שנשאה הוא כעדים, ומבואר שאין צריך דוקא עידי יחוד.

וכן בב"ש סי' כו סק"א כתב לשיטתו, שאם גלוי לכל שנשאה אשה לשם אישות הוא כאנן סהדי והאשה מקודשת אף דליכא עדי יחוד, והוכיח כן מדברי הרמ"א בסי' קמט.

בהתאם לאמור, מתפרשים דברי הב"ש בסי' לא ס"ק כב. בתחילה הביא דבתשובת מיימוני כתב כסברת הרא"ה ואח"כ הביא את לשון הריב"ש בסי' ו' שכתב שכל הראשונים כתבו שצריך דוקא עידי יחוד, ומסיים - "ועיין ר"ס קמט". ונראה שכוונתו להכריע דלא כריב"ש מהא שפסק הרמ"א בריש סי' קמט.

וביחס לדברי הב"ש בסי' קמט סק"א, יש בב"ש ט"ס, ובמקום מש"כ לפנינו "ועיין תשובת הריב"ש סי' ל"א פסק כן", צ"ל - "עיין תשובת ריב"ש סי' ו' לא פסק כן", וכמ"ש בספר מחצית השקל, וכפי העולה מהב"ש מהדור"ק. וכוונת הב"ש לציין דפסק הריב"ש מנוגד לדברי הרמ"א, ומאידך מתיישב עם תשובת מיימוני שהביא בסי' לא.

ולעומת זאת, מצינו בכמה פוסקים שנקטו להלכה כשיטת הריב"ש, או עכ"פ נקטו דהוי ספיקא דדינא.

הנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' נב וסי' נד ס"ק יז כתב שהעיקר כסברת הריב"ש ומהטעם שהבאנו לעיל, ולדעת הנודע ביהודה אין סתירה משיטת הרא"ה לדינו של הריב"ש דשאני קידושי קטנה שהגדילה דהעדים רק באים לברר שלמפרע חלו הקידושין שקידשה בקטנותה, ואין הם עידי קידושין כעת בראייתם.

ובספר זכר יצחק ח"א סי' יז הביא את דברי הנודע ביהודה, וכתב על דבריו - "והנה לפי דבריו יצא לנו דבמגרש את אשתו ודר עמה אחר כך בלא עדי יחוד, בזה אין לנו לחוש לדעת הרא"ה".

ועיי"ש בהמשך דבריו של הזכר יצחק שדן בדברי הנודע ביהודה, אך מסקנתו היא דבמקום שיש איסור בביאה, אמנם אם נתיחדו לשם ביאה אמרינן הן הן עידי יחוד כו', אך בלא עידי יחוד אלא שדרים ביחד כדרך איש ואשתו, אין לומר שה"אנן סהדי" שדרו יחד יהיו כעידי ביאה.

ומסקנת הזכר יצחק - "לפי זה יצא לנו לדינא דבמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי בעי עדי יחוד, ובפרט היכא דדרו יחד ואומרים שלא נבעלו". מבואר מדבריו דמעיקר הדין בלא עידי יחוד לא חיישינן אלא בכה"ג שעצם המגורים יחד הם ללא איסור, כגון במקדש קטנה שעל מקרה כזה נסובו דברי הרא"ה, ולא בלנה עמו בפונדקי שיש איסור בכך כל עוד לא קידשה בחו"ק וברכות.

ואי נימא הכי, יתיישבו דברי הרשב"א ואין כל סתירה בין שיטתו בחידושו למש"כ הר"ן בשמו. אלא הריב"ש בסי' ו' לא ס"ל הכי בדעת הראשונים.

סיוע לשיטת הרא"ה מצינו בראשונים נוספים. הב"ש סי' לא ס"ק כב הביא מתשובות הגהות מיימוניות שבסוף ספר נשים סי' יט שכתבו - "אי ליכא עידי יחוד הו"ל כמקדש בלא עדים ... ומיהו גבי קטנה אשכחן ביבמות פרק ב"ש ובמסכת נדה דבעל בגדלות אינה יכולה למאן, אלמא חשיבי אע"ג דליכא עידי יחוד, דדבר שבסתם כך הוא כדאיכא עדים דמי".

והגרע"א בספר דרוש וחדוש ח"א בכתבים (דף צ:). לאחר שהביא את שיטת הרא"ה כתב - "ולענ"ד ראה לזה מתוספות יבמות (דף מה) ד"ה מי לא טבלה". וכוונתו להא דאיתא בגמ' שם מה: - "ההוא דהוה קרי ליה בר ארמייתא, אמר רב אסי מי לא טבלה לנדוהה". והקשו בתוספות "תימה דגר צריך שלשה". ותרצו - "ויש מפרשים דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי", וכן כתב הרא"ש (שם). הרי דאף כשהדבר ידוע לכל הוא כשני עדים שראו את הדבר ממש.

אך לכאורה דברי הגרע"א צ"ע, אמנם בתוספות ביבמות מוכח שדבר הידוע לכל הוא כעדים, אך מנלן שיועיל בקידושין, ומה הוכחה זו לשיטת הרא"ה דוקא, דהרי סברת הריב"ש שאנן סהדי כעדים אך לא יועיל לענין חלות הקידושין, וצ"ל דהרע"א סבר דמאחר והשלשה שהם ב"ד בקבלת הגר שאינם לביור הגירות בלבד אלא גם לקיום הענין ומתן התוקף לגירות, ובכך דינם וגדריהם כעידי קיום בקידושין.

ועיין בספר מנחת עני (להג"ר יוסף דוד זינצהיים ז"ל, מח"ס יד דוד) בחלק ב' עמ' יג שהאריך להוכיח בדעת הרבה ראשונים דס"ל כרא"ה, וכתב שהריב"ש גופיה בסי' קצג הביא את דברי הרא"ה ללא מחלוקת, וע"כ צ"ל דשם איירי בכה"ג שדרו יחד כאיש ואשתו ובכה"ג כו"ע מודו משא"כ בעובדא דסי' ו' דלריב"ש בעינן עדים היינו כשלא דרו יחד כאיש ואשתו. עכ"פ ס"ל למנחת עני שבמקום שכו"ע יודעים שהם דרים כאיש ואשתו אין צורך בעידי יחוד.

וכן בתשובת הג"ר חיים מוולאז'ין בשו"ת חוט המשולש סי' י' העלה להלכה כדברי הרא"ה, ובסיום דבריו כתב - "בהא סליקנא ונחתנינא שאחר העיון במשמעות פוסקים ראשונים ואחרונים ז"ל לא מצינו שום חולק על הרא"ה לא במאי דס"ל דאנן סהדי דנתייחדה, ולא במאי דס"ל דאנן סהדי דנבעלה, ואדרבה בדברי רובם מצאנו סעד לדברי הרא"ה ז"ל אי בהא ואי בהא, כמבואר בפשיטות לכל מעיין". ועיין בשו"ת משכנות יעקב חלק אה"ע סי' מב שהאריך להוכיח כשיטת הרא"ה וכתב שרבו הראשונים דקאי כוותיה. וע"ע בספר בית זבול (להגרי"מ חרל"פ ז"ל) ח"א סי' כו ס"ק טז במה שהקשה על המשכנות יעקב.

ונראה שכן דעת הב"ש לפסוק כשיטת הרא"ה. הב"ש בסי' קנה ס"ק לב כתב גבי המקדש קטנה היכולה למאן ולא

לחיים משותפים לאחר הגירושין, וחוזרים ללא חו"ק, מתוך כוונה ברורה שאינם מעוניינים במסגרת של נישואין כפי שהיה קודם לגירושין. אלא כעת הם מבקשים להשאר במסגרת זוגית ללא נישואין, כפי שרובם הורגלו מתוך תפיסת עולם חילונית, והם כמוסרים מודעא שאין כוונתם לקידושין. ובדרך כלל הזוגות שחזרו לחיות יחד לאחר הגירושין, הם בעצמם קודם למועד הנישואין בזמנו, חיו יחד תחת אותה קורת גג ללא כוונה לנישואין.

מחשבה כזו העומדת ביסוד החלטתם לחזור לגור יחד, היא הפוכה מהתפיסה שביסוד הלכה זו של "לנה עמו בפונדקי". חו"ל קבעו הלכה זו מתוך התפיסה החזקה שבני הזוג אינם מעלים על דעתם חיים משותפים ללא חו"ק, ואם לאחר הגירושין חזרו לחיות יחד, כוונתם לראות בכך חזרה לחיים משותפים לשם נישואין. אמנם גם בהלכה קיים חילוק ברור בין פנוי ופנויה שחיו יחד ולגרשו וגרושתו, עכ"פ בדור פרוץ ובחוגים שאינם נרתעים מחיים משותפים שלא במסגרת נישואין, יש מקום להתחשב כסברא לקולא, אם הזוג טוען שהתכוונו לחיות תחת קורת גג אך לא למטרת נישואין, אלא לאחר הגירושין חזרו לחיות באותה דירה עקב שיקול אחר, כגון כאמור לעיל.

אמנם אם ניתן לסדר גט, אין אנו מתחשבים בסברא זו לפוטרה ללא גט, וגם ביחס לזוג חילוני שחזרו לחיות יחד לאחר הגירושין, מורים להם להסדיר ג"פ מחדש. ובאיסור אשת איש אין מקילים מפני הסברא הנ"ל, וכמו שיובא להלן מהערה"ש. אך ככל שהדבר נוגע לשאלת העובר יש להקל.

והנה בדין המשנה "לנה עמו בפונדקי" יש לדון האם יהיה צורך בגט נוסף במקרה ששניהם טוענים שכלל לא התכוונו במעשה זה לשם קידושין. מאחר שאין חלים קידושין ללא דעת המקדש והמתקדשת לקידושין, אין לחוש במקרה ששניהם, או אף אחד מהם, כיוונו שלא לשם קידושין. אלא שנתורה שאלת הנאמנות, האם נאמנים לטעון כן.

ומצינו כמה דעות בזה, והענין מתחלק לשני נושאים, האם נאמנים לומר שלא בעל והאם נאמנים לטעון שלא כיוונו לשם קידושין.

אם הם טוענים שלא בעל, כתב הרי"ז שבשלטי הגבורים בפרק מי שאחזו שהם נאמנים ואינה צריכה ממנו גט שני, והובאו דבריו בב"ש סי' קמט סק"ד. אך הב"ש שם הקשה על הרי"ז, חו"ל הב"ש - "וצ"ע מנ"ל דין זה כיון דקיי"ל הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה הוי כאילו עדים מעידים על זה".

כמה מגדולי הפוסקים הסכימו לדעת הב"ש ודחו את דינו של הרי"ז מהלכה.

מהרי"ט צהלון בתשובה חלק א' סי' רמו כתב, חו"ל - "עוד נסתפקתי אם הוא והיא מודים שלא בעל כלל מה יהא דינו. ולכאורה נראה דבעי גט, והטעם דכיון דאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, רוצה לומר אנן סהדי דבעל, וכן

(ועכ"פ בנידון דידן ששניהם שאומרים שלא כיוונו לשם קידושין, הרי שכשם שאם אומרים שלא בעל כתב בזכר יצחק דודאי נאמנים, ה"ה כשאומרים שלא כיוונו לשם קידושין, ולהלן נאריך בנקודה זו).

כמו כן דעת הבית מאיר בסוף סי' קנה נוטה דהעיקר כשיטת הריב"ש. הב"ש שם הזכיר את שיטת הרא"ה, וכתב הבית מאיר חו"ל - "מה שמסיים הב"ש ובכ"ז איירי בידוע בודאי לא בעל וכו' אע"ג דליכא עידי יחוד, הן הן דברי הרא"ה ועיין ריש סי' קמט והריב"ש חולק כמבואר בב"י, וא"כ עכ"פ לקולא דהיינו בבעל אחר שנתגדלה ודאי, דמבואר סעיף כ' שאם פשטה ידה אינה צריכה גט משני, לזה ודאי צריך עידי יחוד כדעת הריב"ש, ולמעשה אף לחומרא עדיין צ"ע".

מבואר שהבית מאיר לא הסכים עם הכרעת הב"ש כשיטת הרא"ה והסתפק האם לדון למעשה את מחלוקת הריב"ש והרא"ה כספקא דדינא או אפילו י"ל דהלכה כריב"ש בין לקולא ובין לחומרא.

מסקנת הדברים

המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי ללא עידי יחוד אלא רק גרו יחד כאיש ואשתו, לשיטת הריב"ש אין לחוש לקידושין ולדעתו שיטת הרא"ה היא שיטת יחיד, והב"י הביא רק את תשובת הריב"ש, וכן מסקנת כמה מהאחרונים. לעומת זאת לשיטת הרא"ה צריכה הימנו גט, מאחר ואנן סהדי שבא עליה הרי זה כמו עידי קידושין, וכן דעת כמה ראשונים וכן מסקנת הב"ש ועוד אחרונים.

ולהלכה נראה דהוי ספיקא דדינא, ואף הגר"ח מוולאז'ין בתשובת חוט המשולש סי' י' שהעלה להלכה כרא"ה, כתב בסוף התשובה שיש מקום לצרף את שיטת הריב"ש לסברות נוספות.

במקרה זה הזוג חזר לחיות יחד מיד לאחר הגירושין, והמכרים והקרובים כלל לא ידעו שהם התגרשו, בנסיבות אלו יש לדון אם לחוש לקידושין, ולהלן בסי' פח כתבנו לברר שאלה זו, ועכ"פ לדעת כמה מגדולי הפוסקים אין לחוש, וזהו צירוף להיתרא בנידון זה.

הדין כשהבעל או האשה אומרים שלא כיוונו לשם קידושין

בנידון שלפנינו הבעל הגרוש טען שחזרו לאחר הגירושין לצורך תקופת התארגנות לקראת הפירוד המעשי בין שניהם. וכן האשה טענה שחזרו מאחר וענין המגורים שלה עם הילדים במקום אחר עדיין לא סודר, ולכן המשיכו מגורים משותפים, מגורים שלבסוף נמשכו כשנה.

לדברי שניהם, לא היתה כוונה לחזור ולהנשא יחד בעצם המגורים המשותפים, בדיון הראשון שהיה בנוכחות האשה בלבד היא טענה שלא עלה על דעתה שיש תפיסת קידושין במצב כזה, ובכל מקרה לא היתה כוונת קידושין.

ונציין, שלמרבית הצער כיום די מצוי אצל חוגים רחבים בקרב הזוגות שאינם שומרי תורה ומצוות, תופעות של חזרה

וכן האור שמח בתשובה (שבספר תשובות אור שמח מהדורת מכון ירושלים) ח"ב סי' כט כתב תשובה לבעל הזכר יצחק שהקל בנידון שלו עפ"י שיטת הריא"ז, וכתב האור שמח ששיטת הריא"ז נידחתה, וז"ל האור שמח - "מוכח מכל הפוסקים דאינן נאמנין הבעל והאשה לומר דלא בעלנו, ולא אבין טעמו של הריא"ז דאיך יהא אדם נאמן על עצמו מה שהספק לפנינו, אטו עדות שייך כאן הלא אין אדם מעיד על עצמו, ואי משום דבידן, היה לו להאמין לבעל לבדו, ואטו משנתינו מיירי בשלא נבדקו".

ובנוגע לטענת הזכר יצחק שהבעל נאמן כמו שנאמן לומר גירשתיה מפני שבידו לגרשה, כתב האור שמח - "לא שייך להאמין לבעל שלא נבעלה הואיל ובידו לגרשה, דלא מצי מפיק לה מאומדנא דנבעלה ונתייחדה להבעל ולחזור לאישותו, ואימתי אמרו דנאמן הואיל ובידו לגרשה, דוקא באומר יש לי בנים שהחזקה עליו שאין לו בנים מצי מפיק לנפשיה לבד מחזקתו. וכן גרשתיה שמתגרשת שלא מדעתה נאמן. אבל להוציא אותה מאומדנא שנבעלה ונתייחדה לבעלה זה לא מועיל מה דבידו לגרשה, והוא תירוץ נכון".

וכן במשנה למלך בפרק י' מהלכות גירושין הי"ח בתוך דבריו כתב - "בשעת היחוד הוא דקאמרי בית הלל הן הן עדי יחוד וכו', וחיישינן דלשם קדושין בעל ... כי היכי דאם אמר אח"כ שלא בעל או שלא היו לשם קדושין לא מהמנינן ליה", עכ"ל.

אמנם המל"מ לא הזכיר מדברי הריא"ז והב"ש, אך מבואר דפשיטא ליה להמל"מ דאינו נאמן לטעון שלא כיוונו לשם קידושין.

וע"ע בחזו"א אה"ע סי' קכד ס"ק יד שבאר סברת הריא"ז מטעם מגו שבידו לגרשה, אך הב"ש חולק על הריא"ז, למאי דקיי"ל בסי' קסז שהיבם והיבמה אינם נאמנים לומר שלא נבעלה, עיי"ש.

ויש לציין חידוש דין של האבני מילואים סי' קמט בזה, אמנם האבני מילואים מסכים עם עיקר שיטתו של המל"מ וכותב בתוך דבריו - "בדיבורם לא מהימני כלל לומר שלא לשם קידושין נתכוונו". אך מתוך הסוגיא בדף עג מוכיח האבני מילואים שכל שיש הוכחה הניכרת לבית הדין מתוך מעשיהם שלא לשם קידושין נתכוונו, אע"ג שההוכחה באה לאחר היחוד, מהני כראיה שלא התכוונו לשם קידושין.

ועיין בחת"ס אה"ע ח"ב סי' נח דפשיטא ליה שהוכחה דקודם היחוד לכו"ע מהני שלא נאמר חזקה דלשם קידושין בעל.

ונראה שלשיטת האבני מילואים וכן לשיטת החתם סופר, כל עוד אין עדים ממש שמעידים על היחוד אין לאסור כל עוד לא נחקרו והוברר שלא היתה הוכחה שלא חזרו לשם קידושין. דאמנם כעת ברור לנו שיש עדים שחיו יחד, אך יתכן ואם יופיעו הם יעידו שהחזרה למגורים משותפים היתה חזרה עקב אילוף שעדיין לא מצאו מקום מגורים אחר, ולא עקב כוונה לשוב ולהנשא. ומאחר ולפי דבריהם אין

פירש רש"י ז"ל פרק הזורק, וכיון שכן הרי יש עדים שבעל ואינם נאמנים להכחיש את העדים, כך היה נראה מדברי רש"י זלה"ה. אמנם מצאתי הגהות שלטי הגבורים לריא"ז זלה"ה וזה לשונו וכן כל המגרש את אשתו אם יש עדים שנתייחד עמה חוששין שמא בא עליה באותן יחוד וצריכה ממנו גט שני. ונראה בעיני שאם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם שהדבר ספק שמא בא עליה אם לא. ואם שניהם מודים שלא בא עליה מאותו יחוד, אינה צריכה גט שני עכ"ל. הרי בפירוש שאם שניהם מודים שלא בא עליה אינה צריכה גט. ובאמת דבריו צריכים עיון, דכיון דאמרינן אנן סהדי דבעל לא מהימני אינהו להכחיש את העדים, ויש לי ראיות הרבה מהתלמוד".

אלא שבמסקנתו כתב מהרי"ט צהלון - "אתם ב"ד הצדק אשר במקום השואל להם משפט הגאולה לחקור ולדרוש היאך היה מעשה, אם העדים ראו מבחוץ שלא בעל ודאי אינה צריכה גט. ואם לא ראו שלא בעל אעפ"י שהם מודים דלא בעל, יעשו דרך בקשה שתחזור אליו אם אפשר ואם לא אסור. אם יסכימו בעלי הוראה לדברי הריא"ז דלא בעי גט גם אנו מסכים, ואם יסכימו לחוש לפי המובן מדברי רש"י גם אני מסכים וצריכה גט".

לכאורה היתה סברא להאמין לבעל, כשם דקיי"ל דבעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן מאחר ובידו לגרשה, ה"ה בנידון דידן.

אך החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"ב סי' נט דחה סברא זו שכתב הרב השואל שם, וכתב החת"ס דלא מהני הא דבידו לגרשה כנגד חזקה אלימתא כי האי. וז"ל החת"ס - "התם בבבא בתרא מוחזקים באישות ורוצה עתה לומר גרשתיה, אמרינן מגו עדיף מחזקה, וחזקה כזו היא דילפינן פ"ק דחולין מויצא הכהן דנימא אוקמי כל מילתא אחזקתו, כמו שהיה כן הוא לעולם, ולזה מהני התנגדות דמה לי לשקר. אך חזקה דהכא היא חזקה דרובא עמדו חז"ל על סוף דעת, דרוב ב' שגייסי אהרדי ומתיחדים אחר גירושין אש בנעורת, וקרוב לוודאי לא עמדו על עצמם מלבעול, ועוד רוב הבעלים בעינין זה אין עושה בב"ז וקידשה. ועל חזקות כאלו סוקלין והיא עדיף הרבה מחזקה הנ"ל. ומ"מ אם נתקדשה לאחר צריכה גט משני, דלא הוי אלא ספק משום דלא סגי בחד רוב אלא צירוף ב' רובא, וכל אחד יש מיעוטא דאיכא מיעוטא דמעמידים עצמם בלי בעילה, ואיכא מיעוטא מהבועלים שעושים בב"ז, ובצירוף ב' מיעוטים אלו הוה ספיקא וצריכה גט משני. אבל אם אומר הבעל לא בעלתי, הרי אומר נגד הרוב, ואם אומר בעלתי ב"ז אומר נגד השני ועושה עצמו בב"ז, ולא מהני מגו נגד חזקה דאתי מכח רובא. אלא שיש בחזקות אלו חזקות דלא אלימי כ"כ דמהני מיגו, כגון אין אדם פורע תוך זמנו דמספקא לש"ס וכ"כ ש"ך ח"מ סס"י פב. ומ"מ לק"מ קושייתו ויפה השיג ב"ש על ש"ג", עכ"ל החת"ס. (וע"ע בהמשך דבריו במ"ש לפרש דאף הריא"ז דעתו כן, אך פירושו בריא"ז לכאורה צ"ע, עיי"ש).

אדם עושה בעילתו בעילת זנות אינו נאמן לומר שבעל לשם זנות, ולכן הבא על שפחתו הולד ממנה כבנו לכל דבר דאמרינן מסתמא שיחררה ובעלה לשם קידושין אף שאומר שבעלה לשם זנות ולא שיחררה. אין משם שום ראיה לנידון שלנו, האחד דשם אינו אומר אלא הוא לבדו והיא אינה יודעת אם שיחררה או לא, ועוד דהתם יש איסור תורה איסור לאו משא"כ בבא על הפנויה ... אבל במתייחד לפני עדים על דעת קידושין ואמרו שניהם שבעלו לשם זנות צ"ע אם נאמנים או לא והדעת נוטה דאין נאמנים, עכ"ל.

מבואר מדבריו שבדין המשנה במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי הדעת נוטה להאמינם כשטוענים שלא כיוונו לשם קידושין.

ועדיין יש לדון, בריא"ז איירי בכה"ג ששניהם אמרו, ויש לעיין מה הדין כשהאשה בלבד טען שלא נבעלה או שלא היתה כוונת קידושין האם תהא נאמנת, אמנם הזכר יצחק שהבאנו כתב שאינה נאמנת, אך עדיין יש לדון בזה.

מצינו פעמים שהאשה נאמנת לטעון שלא חלו הקידושין, כגון כשהיא טוענת שלא הבינה את לשון הקידושין, החלקת מחוקק סי' כו סק"א כתב - "ואם אומרת שלא הבינה אין מקודשת כלל, ואם אמר לה לשון שכל הנשים יודעות באותו לשון כגון הרי את מקודשת שהוא לשון הנהוג לומר בכל קידושין וכל אשה חכמת לב יודעת שזה לשון הקידושין והיא אומרת שלא הבינה אינה נאמנת".

ומבואר שמעיקר הדין נאמנת אא"כ יש אומדנא שהיא משקרת.

ובטעם הנאמנות כתב הישועות יעקב שם (פיה"ק סק"ד, הובא באוצה"פ סק"י אות ז') - "מילתא דפשיטא היא דנאמנת דעד אחד נאמן באיסורים היכא דלא איתחזק איסורא ואין צריך גט". וכעין זה בנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' עה - "באומרת לא הבנתי נאמנת אפילו בלא מיגו, כיון שעל תחילת הקידושין היא טוענת מסייע לה חזקת היתר ... ולדעת הב"ש מה שהוא לישנא ברירא ריעא טענתה לומר שלא הבינה".

לכאורה ה"ה בלנה עמו בפונדקי תהא נאמנת. אך יש לחלק דשאני התם דאין אומדנא של חז"ל שהאשה הבינה את לשון הקידושין שהמקדש אמר לה, ולכן נאמנת. משא"כ הכא שהיא מכחישה מדות חכמים שאמרו חזקה אעבב"ז.

אלא שבשו"ת בית יצחק אה"ע ח"א סי' קא סק"ב הביא את שיטת המהרש"א (יבמות פח שהובא בסדרי טהרה סי' קפה סק"א) שאפילו חזקה גמורה מהני רק לגבי מי שאינו יודע, אך מי שטוען ברי לי מותר לו לנהוג כנגד החזקה. והקשה הבית יצחק לפי"ז תועיל טענת ברי בלנה עמו בפונדקי, דהיינו הקושיא היא מאחר והיה פשיטא ליה להבית יצחק דדין המשנה נאמר אף כנגד טענת ברי. וז"ל הבית יצחק - "אך בגיטין פא. במגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דב"ה ס"ל צריכה הימנו גט דאמרינן הן הן עדי יחוד, והרי שם לא שמעו העדים ותועיל טענת ברי ולא תצטרך גט.

לאוסרם, ממילא מנלן לחוש שמא יבואו עדים שיעידו עדות אחרת.

לעומת זאת, יש מהאחרונים שהסכימו להלכה עם שיטת הריא"ז.

בספר גרש ירחים (עמ"ס גיטין דף פא:) כתב - "תמוה לי מאיזה טעם אתה בא לדון שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, מצד חזקת כשרות, אם כן אם אמרו שלא נתכוונו לקידושין איך נימא שמשקרין ורוצים להפקיע אשת איש בלא גט, הרי קם להו בדרכה מיניה מביאת פנויה, וא"כ איך נימא בשביל חזקת כשרות ודאי נתכוונו לקידושין, דא"כ איך נהפך לבה בקרבה לינשא לאחר באיסור אשת איש כל ימיה. ונראה שזהו טעמו של בעל שלטי גבורים שהביאו הב"ש שסובר דבשניהם מודים שלא נתכוונו לקידושין אין לחוש. והב"ש בסי' קמט סק"ד כתב מנ"ל זאת, ולפמ"ש י"ל שזהו טעמו דנגד איסור אשת איש הוי טפי חזקת כשרות שיצרן תקפן ובא עליה לשם זנות משנאמר שמבקשים להתיר איסור אשת איש", עכ"ל הגרש ירחים. ועיי"ש בהמשך דבריו שהקשה מדוע כתב הריא"ז ששניהם אומרים כן ולכאורה סגי באמירה של הבעל כשם שנאמן באומר גרשתיה או באמירת האשה מצד שאינה חשודה לקלקל עצמה.

ובספר זכר יצחק ח"א סי' עג סק"ב באר ענין זה, מדוע לשיטת הריא"ז בעינן דוקא כששניהם אומרים כן, וז"ל - "רק אם שניהם מודים שלא נבעלו כתב הש"ג בשם הריא"ז דהם נאמנים. וטעמו של דבר משום דגם הוא ס"ל כהר"י דרק ספק הוא ובזה הבעל נאמן לומר, דבידו לגרשה ובעי רק הודאתה כמו בגירשתי דגם שם מיירי רק במודה אבל במכחשת אינו נאמן, עכ"פ רואין אנו דרק הבעל נאמן, אבל כשאין הבעל לפנינו והאשה בעצמה אומרת אינה נאמנת".

ובספר תפארת יעקב עמ"ס גיטין (פא.) כתב כעין סברת הגרש ירחים, וז"ל - "ובחידושי לאה"ע סי' קמט העליתי דהעיקר לפע"ד בגוונא דלא הוי רק ספק, אם שניהם מודים שלא נבעלה ולא נתקדשה נאמנים כיון דבידו לגרשה, ואינן נוגעין בדבר הזה כלל דבלא"ה אסורה לכהן, א"כ מאיזה צד לא נאמין להם בספק בדבר שבידם. ועוד אתמול היו צנועים עד שחששו לביאת זנות ותיכף אין חוששין לביאת אשת איש ומכחישי קידושין, רק כאן מיירי שאינו כאן או שאומר שקידשה והיא מכחישתו בהא דנים מספק מחמת החזקה דקידשה".

וכן בספר חלקת יואב ח"א אה"ע סי' ז' כתב על דברי הב"ש - "אבל המעיין בירושלמי דקידושין פרק האומר הלכה ב' יראה דנאמנים".

ובספר יד דוד פסקי הלכות להגר"ד מקרלין (על הלכות אישות פ"ג ה"ה דף מה.) כתב - "והיכא שאמרו ששניהם שרצו לעשות בעילת זנות במגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, מסופק אנוכי אם נאמנים, והדעת נוטה שנאמנים, ועיין בש"ג דיבמות בפרק שני בענין הבא על שפחתו והביאו תרומת הדשן סי' רנו דכל היכא דאמרו רבנן אין

ועיין בחזו"א אה"ע סי' קכד ס"ק יד שהביא תשובה זו של חוט המשולש, וכתב - "ולפי זה ... במגרש אשתו ולנה עמו ומת, נאמנת שלא נבעלה".

ואמנם החזו"א מקשה עליו בנידון דידיה שדרו יחד כאיש ואשתו וידוע שדעת שניהם לאישות, והיינו בקטן שקדש וכל המשך חייהם המשותפים הם בבירור אדעתא דקידושין, אך קושייתו לא קיימת בנידון דידן וביחס לעומדים בפנינו שהדבר אינו בהכרח ידוע.

אך עדיין יש לדון האם נאמנים בטענה זו דמאחר ואין אדם משים עצמו רשע, י"ל דאין להאמינם שעברו על איסור במקום שיכלו לתקן הענין ולהסיר את האיסור. אך משיטת הרי"א ז"ל מבוואר דלא חשש לזה.

ובגד"ד י"ל ביחס לאשה שאדרבה אם אומרת שהתכוונו לשם קידושין היא שמה עצמה רשעית כעת במה שנישאה לאחר בלא גט מהראשון.

ואף ביחס לבעלה הראשון נראה שאין להמנע מלקבל דבריו, ושתי תשובות לדבר, ראשית מצינו בכמה פוסקים שכתבו שהמקדש נאמן לומר שכסף הקידושין היה גול בידו, ונאמן במיגו דבידו לגרשה, ולא חששו להא דאין אדם משים עצמו רשע, עיין באוצר הפוסקים סי' כח סק"א אות יח בתשובת מהר"י נחמיאס שבש"ת ב"י סי' ח' ובמה שהביאו מתשובת עין יצחק סי' נא.

ב. לדעת כמה מהראשונים אין בפלגש איסור אלא שחסרה מצות ליקוחין, וממילא ליכא איסור, ועכ"פ אינו משים עצמו רשע במה שסמך על שיטת הרמב"ן ועוד ראשונים.

ולשיטת ראשונים זו, הא דאמרינן חזקה אאעבב"ז, אף דליכא איסור בפילגש, היינו מפני שחזקה זו אינה מצד חזקת כשרות, אלא מצד שמסתמא דעתו להיות עם אשתו במצב של נישואין ולא במצב של פילגש, ולא מצד האיסור אלא מצד העדיפות שבנישואין מפלגש.

ובתשובת בית אפרים אה"ע סי' מא (דף קיא:): אכן הקשה לשיטות אלו, וז"ל - "היאך יובן מ"ש בכל מקום חזקה א"א עושה ב"ז, ושמא לפילגש בעו לה ומנלן דבועל לשם קידושין, דהא אפילו איסורא דרבנן ליכא ... ואין לומר כיון דחזינן שהיתה פעם אחת אשתו מסתמא גם עתה רצונו שתהיה אשתו, זה דוחק גדול, דמידי איריא דדילמא מעיקרא רצה שתהיה אשתו ועכשיו אינו רוצה, וכי כל הזמנים שוים לענין זה והרי אדרבה חזינן שגרש אותה ... אלא נראה בדעתו דס"ל דמן הסתם מוקמינן ליה אחזקה שרוצה לקיים גם עתה מצוה דליקוחין, אם לא שמגלה דעתו שאין רצונו ליקח אותה רק לפילגש, הא סתמא כוונתו לשם נישואין".

ונראה שקיימת סברא נוספת בנידון שלפנינו להאמין לאשה שלא כיוונו לשם קידושין, מאחר והאשה ממה נפשך אשת איש, ורק השאלה האם מקודשת לראשון או לשני, אף אם נימא דהעיקר השאלה היא דבר שבערוה ואין עד אחד נאמן, מ"מ יש לקבל עדותה. והיינו לפי דברי הר"ן במסכת

וע"כ דלא כמהרש"א יבמות פח ועיין סדרי טהרה סי' קפה שמפלפל בדברי מהרש"א. ושמא יסבור מהרש"א דדוקא לכתחילה צריכה גט שני, אבל אם נישאת בגט זה לא תצא מבעלה באומרת ברי לי, דלא כמ"ש ב"ש סי' קמט סק"ד דאם נישאת תצא".

דהיינו הבית יצחק מסיק שלדעת מהרש"א, אמנם אם עדים שמעו שהתייחדו בפירוש לשם קידושין לא מהני טענת ברי של האשה שלא היתה כוונת קידושין. אך כשהיה יחוד בסתמא בפני עדים ולא אמרו בפירוש שמכוונים לשם קידושין מהני טענת ברי שלה, אמנם לכתחילה צריכה גט, אך אם נישאת לא תצא מבעלה השני, ודלא כב"ש. והטעם הוא מפני שחזקה מחייבת רק למי שמסופק ולא למי שברי לו דאין כאן איסור, וסובר הבית יצחק דה"ה י"ל ביחס לחזקה זו דאאעבב"ז בדין המשנה בלנה עמו בפונדקי.

וכן לפי מה שכתב בתשובת חוט המשולש יש מקום לומר שהאשה נאמנת לומר שודאי לא כיוונו לשם קידושין.

בתשובת חוט המשולש סי' י' השיב בדין קטן שקידש והגדיל, ויש ספק אם בעל לאחר שהגדיל, והאשה אומרת שלא בעל, וז"ל שם - "נראה דתליא באשלי רברבי, דדעת רש"י נראה ודאי דהבעל דבר שיוודע האמת שאין הענין כמו שמחזיקים אותו, איהו מהימן אנפשיה. דהא לשיטת רש"י בפרק ב"ש (דף קיב) ההוא שניהם מודים דאתו לקמיה דרבא ודאי הוי לאחר שלושים, דאי תוך שלושים לא הוי צריך למפרך עלה מברייתא דתני דצריכה גט דהתם הא מיירי לאחר ל' לפרש"י. אלא ודאי ברור ופשוט דעובדא דרבא הוי לאחר שלושים, ואפ"ה כתב שם רש"י בהך עובדא דמיירי דמעיקרא אמר בעלתי, מוכח מדבריו דאם מתחילה ועד סוף הוו מודו תרווייהו שלא בעל לא הוי צריכה גט אף דלאחר שלושים הוי דלא מוקי אנפשיה וחזקתו בעל, אפ"ה כיון דהחזקה הוא מחמת שאנן הוא דמחזיקינן דכן הוא מסתמא ואין שום אחר מבלעדם יודע האמת. אינהו מהימני אנפשייהו ואינה צריכה גט ... בעלה האחרון דמהימנא ושרינן ליה למסמך אדיבורא דידה נגד החזקה ... איהי גופא כיון דמהימנא לגבי נפשה נגד החזקה הרי היא כחתיכה דהיתרא דשריא לכו"ע ... גם דע עקא שהרי משנה שלימה שנינו בפרק האשה שלום שאין האשה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לשוק ... יש לחלק ברווחא דשאני התם דמצד עדות אתינן למימר שתהא נאמנת להעיד על עצמה ... אבל בנידון דידן לא מצד עדות אתינן, אלא דכיון דכל עיקר איסורא הוא משום דמחזיקינן במילתא ואמרינן חזקה דבעל, וכיון שאין שום אדם יודע בדבר רק היא לבדה, והיא צווחת ואומרת שיוודעת בבירור דלא בקושטא מחזיקינן, בכה"ג לגבי דידה לית לן לאוקמי אחזקה ... ומי שדעתו יפה ולבו שלם יוכל לסמוך על דעת רש"י לומר דלגבי דידה מהימנא אף נגד חזקה והוי כחתיכה דהיתרא דשריא לכו"ע", עכ"ל הגר"ח מוולאז'ין בחוט המשולש.

ובתשובת חוט המשולש כתב שכן דעת רש"י ומסקנתו לסמוך על כך בצירוף שיטת הריב"ש.

ומצטרפות לזה דעות האחרונים שנקטו כרי"ז שהבעל והאשה נאמנים לטעון שלא חזרו לשם קידושין, ובנידון דידן שכבר נישאה לאחר יש מקום לסברא נוספת דאף האשה בלבד נאמנת מהטעם שכתב הזכר יצחק דבכה"ג שהיא ממ"נ אשת איש נאמנת מדין עד אחד נאמן באיסורין ולא הוי דבר שבערוה עבודה לקבוע אם מקודשת לראשון או לשני. וכן הצטרפה דעת המקילים כשאין ידוע שהתגרשו, ויבואר להלן סי' פח.

כשהבעל והאשה אינם יודעים את הדין שניתן לקדש בקידושי ביאה

בתשובה שהובאה בשו"ת בית אפרים אה"ע סי' מב בענין מי שקדש בקטנותו ובעל לאחר שגדל, כתב השאגת אריה - "עוד יש לצדד בנידון שלנו קצת להיתרא מצד הסברא דמה שאמרו חזקת אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולשם קידושין בעל אינו שייך אלא בדורות הראשונים שהיה דרכם לקדש בביאה וא"א לקדש בביאה אלא בעידי יחוד היה דין הזה ברור וידוע לכל, אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין הזה ידוע אלא לחכמים הבקיאם בהלכות קידושין, אבל לזה שהוא רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה ידוע ובקי בהלכות קדושין דנימא דבעל לשם קידושין ובעידי יחוד משום חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והלואי שיהיו כל המורים בזמנינו ובדורינו יודעים הלכות קידושין על מתכונתם".

וע"ע בספר דבר אברהם ח"ג סי' כט סק"ב שהביא את סברת השאגת אריה, ונראה שסמך על סברא זו.

בשו"ת גליא מסכת בסוף סי' יד הביא את דברי השאגת אריה וכתב - "ודבר הזה העתיק בעל בית אפרים בסי' נט שהשיב תשובה אחת בענין כזה, ובתשובת הגאון מברלין אשר הביאו הבית אפרים סי' מג מסיים וז"ל "ועל הכל אני אומר דאשתני דרא ואנן סהדי אם שאול נשאל למאה איש ולא אחד בהם שיודע ענין המקדש בביאה, וכ"ש הנך דנסבין בקוטנותיהו" עכ"ל. ומוסיף הגליא מסכת "ונראה דמומן שקבע רב למינגד אקדושי ביאה מאותה שעה נעקרה לעסק קדושי ביאה מעיקרו, ועיין בחלקת מחוקק ריש סי' כז דאם אומרת שלא הבינה לשון הקידושין אינה מקודשת, ועיין ב"ש ובספר המקנה, והכא נמי אם אומרת שמעולם לא כוונה להתקדש ואינה יודעת הדין כלל".

יש לציין שהשאגת אריה דן במקרה שאי אפשר לשאול את הבעל ולכן כתב סברא זו דבסתמא אינו יודע לכוין לשם קידושי ביאה, ובתשובת גליא מסכת הוסיף שאם שאלנו אותו או אותה ואמרו שלא כיונו לשם קידושין ודאי מהני.

סברא נוספת יש לצרף בנידון דידן, והיא שבמקרה זה היה הפרש בין הבעל והאשה, האשה היתה רגילה להקפיד

קידושין בפרק האומר על המשנה (דף סג:) - "האומר קידשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתי, ובא אחד ואמר אני קידשתי נאמן, וכתב בר"ן (דף כו. בדפי הרי"ף) - "ואע"פ שאין דבר שבערוה פחות משנים ... אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן".

והובאו דברי הר"ן בב"ש סי' לו ס"ק מה.

והובאו בספר זכר יצחק ח"א סי' עג, על דברי הר"ן - "ביאור הדברים, דדין דבר שבערוה הוא רק אם אנו דנים על האשה אם היא אשת איש או לא, בזה יש דין דבר שבערוה. אבל כל שבין כך ובין כך היא אשת איש, רק שאנו דנים אם מותרת לזה או לאחר, הדבר נוגע לאיסור אשת איש וזה לא נקרא כלל דבר שבערוה. דאיסור אשת איש הוא ככל איסורין שבתורה, רק דדינה הוא דבר שבערוה, ובה אין הבדל אם מקודשת לזה או לזה. וא"כ כאן נמי כיון שאמירתה היא לא לברר שאינה מקודשת כי אם שמותרת לשני, הוי ככל איסורין דנאמנת, משא"כ בכל ספק קידושין דאומרת שאינה אשת איש שפיר אינה נאמנת".

דהיינו הזכר יצחק שבדבריו לפני כן כתב בפשיטות שהאשה אינה נאמנת לטעון שלא היתה כוונת קידושין, מ"מ בכה"ג שנישאת לאחר נאמנת מדין עד אחר נאמן באיסורין. ומבואר בדבריו דלא ס"ל דאלימא חזקה זו דאאעבב"ז שלא תאמן האשה בעדותה כנגד החזקה.

ובנוסף לכך, מאחר שכעת אין בפנינו עדים אלא מפיה אנו חיים, הרי שלעת עתה אין לומר ביחס לבעל השני שויה אנפשיה חד"א, שהרי כל האיסור נובע ממה שהוא מאמין לה, והרי לפי דבריה מעיקרא לא תפסו קידושין, וכמו כן אין לדון שבודאי יש במקום מגוריהם הקודם עדים היודעים מכך שדרו יחד ועפ"י עדותם היא תתחייב בגט, ויתכן ושגם העדים יעידו כפי שהיא אומרת שכל מגמת חזרתם יחד היתה רק לשם התארגנות לקראת עזיבה ולא כחזרה מעצם הגירושין.

מסקנת הדברים

לכאורה נידון דידן תלוי במחלוקת הרי"ז והב"ש, ולדעת הרי"ז הבעל והאשה נאמנים לטעון שלא היתה כוונה במגורים המשותפים לשם קידושין, ולדעת הב"ש אינם נאמנים כנגד חזקה שהיא אומדנא כללית של חז"ל.

להלכה נראה שהעיקר כשיטת הב"ש, אך לפי ביאור החת"ס בדעת הב"ש וכפי שהבאנו לעיל, יש לדון האם האידנא, וכן האם ביחס לבעל זה, התערערה חזקה זו ואינה חזקה אלימתא שלא יאמנו לטעון כנגדה.

וכמו כן אם יש הוכחה שלא כיוונו לשם קידושין מהני, וכמ"ש האבני מילואים, וכאן קיימת הוכחה שנשאר יחד עקב אילוף של חוסר מקום מגורים לאשה ולילדים, אך לא היתה כוונתם לחזור ולהחשב נשואים.

בנוסף לכך, לדעת מהרש"א אם האשה טוענת ברי לי נאמנת לענין שאם נשאת לא תצא, וכמ"ש הבית יצחק.

חללים כמו שנאמן לומר בן גרושה הוא". ובאר השב שמעתתא ש"ב פ"ב - "דבתורת יכיר אע"ג דהאב אינו יודע בעצמו אלא שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו ודומה לאמת נאמן ... והו"ל יכיר".

הבית מאיר בסי' ו' סי"ג תמה על דברי הב"ש - "היכן מצינו שנתנה תורה נאמנות על ידי יכיר במה שבעצמו אינו יודע ומאמין לאשתו".

וכן חלקו כמה אחרונים על הב"ש - שו"ת בית שלמה אה"ע סי' עד שו"ת חבצלת השרון סי' כ' והדברי מלכיאל חלק ו' סי' לא (הדברי מלכיאל כתב הדברים בסתמא ולא הזכיר מהב"ש).

ולכן בנידון דידן, לא מיבעיא לדעות אלו החולקים על הב"ש, כל עוד לא הופיעו עדים אין לפסוק על העובר פסול כלשהוא, אף אילו הגט נחוץ מעיקר הדין.

אלא אף לדעת הב"ש, בנידון דידן אף אם היינו אומרים שלענין איסור אשת איש עפ"י הדין האשה אינה נאמנת להתירה בלא גט, מ"מ אין כאן יכיר מאחר שהבעל מאמינה באופן מושלם, ולדבריו אין לחוש לממזרות.

אמנם בנידון דידן אנו חוששים שיבואו עדים שיעידו שהבעל והאשה דרו יחד לאחר הגירושין. אך אף אם יעידו את עדותם, מ"מ מאחר ולענין כשרות הולד האם נאמנת להכשיר את העובר, דקיי"ל במסכת קידושין דף עד. כאבא שאול שקורא לשתוקי בדוקי ושואלים את אמו ונאמנת לומר לכשר נבעלתי. הרי שלענין העובר אנו קובעים כדבריה שאכן גרו יחד אלא שלא גרו לשם קידושין, ואף דבאיסור אשת איש נחוש שלא להאמינה, מ"מ לענין להתירו בקהל האם נאמנת.

אלא עדיין יש לדון בזה, דסברא זו להכשיר את הולד על סמך דברי האם, בכה"ג דנידון דידן, נראה שאינה אליבא דכל הדעות בראשונים.

במסכת קידושין דף עד. מבואר שאבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי - שבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי. הראשונים דייקו מלשון הגמרא שהאם נאמנת רק להכשירו ולא לפוסלו. ומצינו בזה שלשה טעמים בראשונים -

א. לר"ן בקידושין (שם) ולמגידי משנה בפט"ו מאיסור"ב הי"ב כיון דדבר תורה ספק ממזר כשר, הרי שלהכשיר נאמנת מכיון דהוי דרבנן, האמינוה דרבנן, אבל לפוסלו ולהתירו בממזרת דהוי בדאורייתא לא האמינוה, וע"ע בב"ש סי' ד ס"ק לט ובבית מאיר שם.

ב. הריטב"א והנמוקי יוסף במסכת יבמות בטוף פרק אלמנה לכהן גדול כתבו דנאמנת להכשיר מכיון שחזקת הגוף חזקת כשרות מסייעת לה, משא"כ לפסול אינה נאמנת כנגד חזקה זו.

ג. תרומת הדשן סי' רסז וחלקת מחוקק סי' ד' ס"ק כה כתבו דחזקת בודקת ומזנה מסייעת להכשיר וסותרת דבריה כשפוסלתו. ודעת הנודע ביהודה המובא בפת"ש סי' ו' ס"ק כא שכן דעת הרמב"ם. וכן עולה מהתוספות במסכת כתובות דף יג.

על קיום מצוות כולל טהרת המשפחה ואילו הבעל שמר בתוך הבית מתוך כוונה לכבד את אשתו, אך מחוץ לבית נהג באורח חיים חילוני, וכפי שכעת נוהג לאחר שנפרדו. וי"א דהחזקה של אאעבב"ז היא מצד חזקת כשרות דאמרינן לא שביק היתרא ואכיל איסורא, כן כתב השאגת אריה בתשובה שבשו"ת בית אפרים אה"ע סי' מב - "כיון דאפשר לו למבעל בהיתרא שיכון לשם קידושין ... סתמא לשם קידושין בעל דלא שביק היתרא ועביד איסורא". וכן כתב החת"ס אה"ע ח"ב סי' נח, ועיין בפת"ש סי' קמט סק"ב. וביחס לבעל שלפנינו כפי הנראה מסיגנון התנהגותו בעבר ובהתאם לדברי האשה יש להסתפק אם הוא בכלל מי שאינו שביק היתרא, וממילא הענין אינו ברור עד כמה חזקה זו דאאעבב"ז שייכת בבעל. ואף דמספק לכאורה אין להקל, אך עדיין יש כאן סברא לקולא לפי מש"כ בספר דברי אברהם ח"ג סי' כט סק"ב שבמקום שחלו קידושין מטעם החזקה דאין אדם עבב"ז, דהעדוהו של העידי יחוד בטלה במקום שיש ספק אם האדם הוא בכלל מי שהחזקה דאין אדם עבב"ז שייכת לגביו, ואין לומר דעכ"פ יהא נכנס לגדר ספק קידושין, דלפי מש"כ הב"ש סי' לא במקום שיש ספק לעדים אם חלו הקידושין, אין כלל תפיסת קידושין, אך עדיף מנידון הב"ש, דהכא לא עסקינן בספק שיכול להתברר ע"י עדים אחרים, אלא כו"ע ועידי הקידושין בתוכם מסופקים, ובספק ליכא לקידושין כלל.

מסקנת הדברים

יש לצדד לצרף את דברי האשה שלא היתה כלל כוונת קידושין בחזרתם לאחר הגט, שלדעת כמה פוסקים נאמנת, וכסניף לזה מצטרפת שיטת הריב"ש, וכן שיטות הסוברים שבלא ידיעת עידי היחוד מהגירושין, לא חלו קידושין, וכן סברת השאגת אריה דהאידינא מסתמא הוא לא ידע מקידושי ביאה, וכן סברת הדבר אברהם דבכה"ג שיש ספק האם אדם זה הוא בכלל החזקה של אאעבב"ז יש ריעותא בעידי הקידושין. אמנם למעשה אין ראוי להתירה בלא גט מחמת חשש איסור חמור של אשת איש, וכמ"ש הערוך השלחן סי' קמט ס"ג - "כלל גדול הוא באיסור אשת איש, כשאי אפשר לברר הדין להדיא מן הש"ס, יש לילך לחומרא בכל צד". אך לענין כשרות העובר והיתרה לבעלה השני יש מקום לסברות אלו אף לכתחילה. ולהלן נבאר שלענין כשרות העובר והיתרה לבעלה השני קיימות סברות נוספות.

שאלת כשרות העובר לבוא בקהל

אם נאמר שהאשה אינה נאמנת בדבריה להתירה בלא גט, יש לדון האם האב, דהיינו הבעל השני נאמן לפוסלו מדין יכיר.

הב"ש סי' ו' ס"ק כז כתב שהאב נאמן לפוסלו אף אם מסתמך בדבריו על דברי האם ואומר שמאמינה, וז"ל הב"ש - "ואם האב אומר דמאמין לדבריה, יכול לעשות לבניו

ובתשובת דברי מלכיאל חלק ו' סי' לא העלה שבכל מקום שהאשה היתה שוגגת והיה לה פשוט שלא חלו קידושין ולכן לא שאלה שאלת חכם, והלכה ונשאה לאחר בלא גט אינה נאסרת לבעלה השני לאחר שתקבל גט מבעלה הראשון, ורק בנידון הרשב"א שמפורסם וידוע שנתנית טבעת היא מעשה קידושין אינה נאמנת לטעון כנגד המנהג. ועיי"ש שהוכיח שרק בעדות שהעידו שמת בעלה ולבסוף התברר שלא מת, קנסוה שתצא מזה ומזה.

ולפי דבריו ה"ה בנידון שלפנינו שהאשה היתה שוגגת גמורה, ואף הבינה מהחכם ששאלה שאין בעיה להנשא לאחר, ולכן אין לאוסרה על השני.

מסקנת הדברים

אף אם יבואו עדים שבני הזוג גרו יחד באותה שנה שלאחר הגירושין יהא מקום להתירה בלא גט. ויסוד היתרה של האשה לענ"ד בנוי על נאמנותה שלא היתה כוונת קידושין בחזרתם יחד, וביררנו לעיל שהאשה נאמנת בכך, ובצירוף עדות הבעל הראשון שגם הוא העיד כדבריה בזה. לסברא זו מצטרפות סברות נוספות שיש בהם סיוע להיתר זה -

ראשית, שיטת הריב"ש דבלא עידי יחוד אין לחוש אף בלנה עמו בפונדקי, ובנידון דידן אין לחוש שיופיעו עדים כאלו, מאחר וגרו עמם בבית שני ילדים בגיל שש ושמונה. שנית, סברת השאגת אריה דסתם אינשי אינם יודעים מקידושי ביאה.

שלישית, כפי הנראה הגירושין שלהם נעשו בלא פירסום כלל, וממילא ידיעת הציבור שגרו יחד אינם ידיעה שגרו יחד לאחר גירושין, ובכה"ג כמה מגדולי הפוסקים, המבי"ט הנודע ביהודה והחת"ס, כתבו שעדות כזו אינה נידונת כעדות קידושין, ודלא כספר המקנה, ויבואר להלן סי' פח. רביעית, יש לפקפק אם הבעל הראשון הוא בכלל מי שנאמרה עליו החזקה דאעבב"ז, ובספק מסוג זה כתב הדבר אברהם דלא חלו קידושין כלל דליכא עדים.

ואמנם למעשה ביה"ד סידר מבעלה הראשון, וכמו שכתב הערוך השלחן סי' קמט ס"ג - "כלל גדול הוא באיסור אשת איש כשאי אפשר לברר הדין להדיא מן הש"ס יש לילך לחומרא בכל צד". אך ביחס לכשרות העובר לבוא בקהל, אף אם החמרנו שלא להאמינה וסודר גט, יש להאמינה שלא היתה כוונת קידושין במגורים המשותפים לאחר הגט, ונאמנת להכשירו לבוא בקהל.

וכן יש להתירה לבעלה השני מטעם שאף לפי הסברא להחמיר לחייב בגט נוסף עכ"פ יש לדונה כשוגגת. אך לצאת ידי ספק יחזור לקדשה בלא ברכות ובצינעא בפני שני עדים בלבד כדי שלא להוציא לעז על העובר, וכמו שכתב כעין זה בתשובת דברי מלכיאל.

ונראה שבנידון שבפנינו, אף לולי דבריה אין כאן יותר מספק ממזר, מאחר ולשיטת הריב"ש בלא עידי יחוד אין לחוש, וכן בצירוף סברת השאגת אריה, ובצירוף החולקים על המקנה. ואף אם קבענו מחמת הספק להצריך גט, מ"מ לדעת הר"ן והמ"מ האשה נאמנת להכשירו בטענה שלא היתה כוונת קידושין. וכמו כן נראה לדעת הריטב"א והנמוקי יוסף יש לה חזקה דגופה חזקת כשרות, ומספק לא הורעה חזקתה.

אך לדעת תרומת הדשן יש לדון דהכא שהאשה כלל לא ידעה מכך שקיימת בעיה להנשא לאחר בלא גט, ליכא חזקה דומיא דחזקת בודקת ומזנה. אלא שהפנ"י והבית מאיר כתבו שהפוסקים לא ס"ל להלכה כסברת תרומת הדשן מדלא חילקו באה"ע סי' ו' בין נבעלה ברצון לנבעלה באונס.

על כן מאחר שהאשה מעידה וטוענת טענת ברי שלא היתה כל כוונת קידושין במה שחזרו לדור יחד, ולעיל הבאנו שיש סברא גדולה להאמינה אף לענין אסור אשת איש, אך אף אם עדיין יש לפקפק שבאיסור אשת איש ההיתר אינו מרווח אליבא דכו"ע, ובהסכמת הצדדים הוסדר ג"פ, מ"מ לענין הכשר העובר ההיתר הוא מוסכם להלכה, וכ"ש בצירוף הצדדים שכתבנו לעיל.

היתרה לבעלה השני

לענין היתרה לבעלה השני, הרי שבנוסף למה שכתבנו לעיל, מאחר שהזוג נפרד עד השלמת הבריור וסידור גט מחדש, הרי יש לדונה כשוגגת משתי טעמים, ראשית, האשה עזבה את בעלה הראשון מתוך הנחה ברורה שאין כאן כל שאלה של תפיסת קידושין, וגם כעת איננו שוללים הנחה זו במידה שדבריה יתקבלו כנאמנים, מאחר ולא היתה להם כוונת קידושין. ואף אם אנו כעת מזקינים אותה בגט נוסף, מפני הריעותא בנאמנות שלה, מ"מ לדבריה נהגה כשורה, ועכ"פ היא ודאי שוגגת בכך שלא ידעה שבעתיד לא תהיה נאמנת.

ושנית, מאחר שלדבריהם קבלו הוראת רב שאין מניעה להנשא בשנית, הרי שאין לדונה כמזידה, ושאינה תשובת הרשב"א שהובאה ברמ"א בסוף סי' יז, התם באשה שקבלה טבעת לקידושין עסקינן, וכו"ע יודעים שזהו מעשה קידושין, ולכן אין מקום לטענתה שסברה שהיא אינה אשת איש. משא"כ בנידון דידן שמי שאינו תלמיד חכם אינו בקיא בהלכה זו שיש צורך בגט, עד כדי כך שמחמת סברא זו השאגת אריה כתב שיש מקום שלא לחוש להא דאין אדם עבב"ז. ואף אם לא נסתמך לדינא על סברא זו, אך עכ"פ דברי השאגת אריה ודאי משקפים את המציאות המעשית, שהלכה זו אינה מוכרת, מאחר שאין מקובל ואף אסור לקדש בקידושי ביאה. וממילא במציאות כזו האשה סמכה על הוראת חכם דינה כאנוסה.

סימן פח

בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד

הקדמה

בשנים האחרונות הגיעו לבית דיננו כמה מקרים של זוגות שהתגרשו, ובסמוך לאחר סידור הגט החליטו לחזור לגור יחד, בלא שנישאו מחדש בחו"ק. במקרים אחדים התברר שאותם זוגות נמנעו מלספר לחברים ולבני המשפחה על הגירושין, ולמעשה המכרים ובני המשפחה ראו אותם ממשיכים לדור יחד בלא שידעו שבני הזוג התגרשו.

אירעו מקרים שהאשה נפרדה מבעלה הנ"ל, והלכה להנשא לבעל אחר, בלא שסודר גט נוסף מהבעל הראשון. בעת רישום הנישואין לא סיפרה שחזרה לחיות עם בעלה הקודם לאחר הגירושין לפרק זמן מסוים. במקרים אלו התעוררה שאלה האם דינה כאשת איש שנישאה שתצא מזה ומזה, וכן התעוררה שאלה על הבן שנולד לה, ועיין לעיל סי' פז.

במסגרת בירור שאלות אלו יש מקום לברר כמה נושאים ולבחון צירופים נוספים, אך במסגרת הנוכחית נדון בבירור שאלה אחת, בנסיבות שבני הזוג הסתירו את הגירושין וחזרו לאחר זמן קצר לחיות יחד, והגירושין לא התפרסמו, האם יש בכך קולא שלא לחוש לקידושי ביאה, מאחר שהעדים אינן יודעים שיש עסק קידושין ביניהם.

מקור הדין

שנינו במסכת גיטין דף פא, א -

"המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, ב"ש אומרים אינה צריכה הימנו גט שני, ובה"א צריכה הימנו גט שני. אימתי, בזמן שנתגרשה מן הנשואין".

ובגמרא שם -

"מתניתין דאוקימנא בלא ראוה שנבעלה, במאי פליגי, דאיכא עדי יחוד וליכא עדי ביאה, ב"ש סברי לא אמרינן הן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה, וב"ה סברי אמרינן הן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה".

ובשו"ע אה"ע סי' קמט ס"א פסק - "המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים ... הרי זה בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות, ואפילו ראו שנתן לה מעות, שחזקה הוא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו לעשותה בעילת מצוה, לפיכך הרי זו מקודשת קידושי ודאי וצריכה ממנו גט".

ובסעיף ב' פסק השו"ע - "נתייחד עמה בפני שני עדים והיו שני עדים כאחד וראו והיא את העדים, אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה, והן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, לפיכך היא ספק מקודשת וצריכה גט מספק".

גדר עידי קידושין

יש לדון בהלכה זו המחייבת שני עדים לקיום הקידושין. מה הדין כשהעדים ראו מעשה, ולפי הבנתם באותה עת, מעשה זה אינו מועיל לתפיסת קידושין, אך לאחר זמן התברר שהם טעו ועקב צירוף נסיבות שלא היו ידועות להם באותה עת יש במעשה כזה תפיסת קידושין. האם נאמר שהוברר הדבר למפרע שחלו הקידושין. או מאחר שבעת עשיית מעשה הקידושין העדים סברו שאין ממש במעשה שראו, יחשב כמקדש בלא עדים.

בלשון אחרת, יש לדון האם בעידי קידושין יש צורך בשני תנאים, ראשית - ראיית המעשה, ושנית - הבנת המעשה כמעשה שיש בו חלות קידושין. או שמא די בכך שהעדים רואים מעשה קידושין, ואין ריעותא אם באותה שעה הם סבורים שאין בו ממש. מאחר שתפקידם של העדים הוא ראיית המעשה בלבד, ומה שסברו שהקידושין לא תפסו אינו לעיכובא. וזאת מפני שהעדים במהותם אינם אלא עדים ולא דיינים, ואין נ"מ במה שהעדים הסיקו שאין ממש במעשה שראו.

מצינו שנחלקו בזה גדולי הפוסקים.

המקנה בהלכות קידושין סי' מב ס"ג סובר שאין צורך שהעדים המקיימים את הקידושין ידעו שבמעשה זה האשה מתקדשת, ואף אם סברו שאין במעשה שראו עסק קידושין, אין בכך ריעותא בתפיסת הקידושין.

וז"ל המקנה - "משמע אפילו אין העדים יודעים שהם קידושין, אפ"ה הוי קידושין. וכן בהאי דלנה עמו בפונדקי לא הזכירו שום אחד מהפוסקים דבעינן שעדי היחוד ידעו שהיא מגורשת מהאיש הזה שנתייחד עמה, אפ"ה אמרינן, דכיון שאנו יודעים שנתייחדה עמו לפני עדים ואנו יודעים שהיא מגורשת מהאיש הזה, אמרינן מסתמא כיוונו לשם קידושין, אף שאין העדים יודעים בשעת היחוד שכיוונו לשם קידושין".

ובסי' מה ס"א כתב המקנה, בסוגיית חיישינן לסבלונות, שלשיטת רש"י דס"ל שיש לחוש שהסבלונות הן עצמן הקידושין, ויש לחוש לקידושין רק אם שני עדים ראו את מסירת הסבלונות לאשה. וכתב בזה המקנה, שאם העדים לא כיוונו שמסירת הסבלונות תחשב קידושין אפ"ה חוששין לקידושין.

וז"ל המקנה - "אף דהעדים לא כיוונו לשם קידושין נמי מהני, כמ"ש לעיל סי' מב גבי הן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, אף שהעדים אינם יודעים אם היתה מגורשת ממנו, אפ"ה כיון דאנו יודעים שהיא גרושה ה"ל עידי קידושין כמבואר

שבשעת ראיית העדות לא ידעו, לא נתקיימו הקידושין, דראיית העדים כרתי ועושים הקידושין, עכ"ל החת"ס.

אמנם עיין באבני מילואים סי' לא סק"ז, וכן באוצר הפוסקים סי' לא סק"ד בשם כמה אחרונים, שחלקו על הב"ש, ולדעתם גם אם העדים אינם יודעים ששוה פרוטה במקום אחר ויש עדים אחרים על כך מהני, וסגי במה שראו את עצם נתינת הכסף קידושין. אך אין מכאן סיוע לשיטת המקנה, דשאני הכא שהעדים מתכוונים להיות עידי קיום וס"ל דליכא ריעותא במה שכמה ספקות יתבררו על ידי עדים אחרים, אך מנלן שיועילו עדים שאינם יודעים כלל שנעשה מעשה קידושין לפניהם.

ועיין בב"ש סי' ל' סק"ט ובגיליון שו"ע לרע"א סק"ג ובפת"ש סק"ב במחלוקת הראשונים בורק קידושין וספק קרוב לו ספק קרוב לה, אי הוי ספק מקודשת. אך שם העדים ראו מעשה קידושין שיש בו ספק אי תפסי קידושין, מחמת ספק במציאות. אך אם לפי דעתם ודאי לא חלו קידושין, אינם נחשבים לעידי קידושין, אליבא דשיטת הנודע ביהודה (מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' עז) המובא בפת"ש סי' כח סק"ג.

וז"ל הנודע ביהודה - "הכלל היוצא מדברינו שם שאם בשעת קידושין היה נדמה לעדים שהיה קרוב לו, אפילו באמת היה קרוב לה, לכו"ע הוי מקדש בלא עדים ולא חלו כלל. ואם בשעת מעשה היה ספק לעדים להרשב"א לא מחשב כמקדש בלא עדים ובדעת מהר"ם הדבר נוטה לכאן ולכאן. אבל עכ"פ יצא לנו מזה שאם לפי דעת העדים בשעת קידושין לא אהנו הקידושין, אפילו אם נודע לנו אח"כ שלא כן הוא כאשר חשבו העדים אין כאן קידושין דהוי כמקדש בלא עדים. ומעתה המקדש בגזל ועידי הקידושין ידעו שדבר זה גזול בידו, ואם סתם גזילה לא הוי יאוש א"כ מסתמא אמרינן שלא נתייאשו הבעלים ואמרינן אוקי חפץ בחזקת מרא קמא ואשה בחזקת פנויה ומסתמא לא נתייאש. ואפילו נודע לנו אח"כ שכבר נתייאש הנגזל בפירוש קודם הקידושין, מ"מ כיון שלא נודע הדבר לעדים בשעת קידושין והיה פשוט לעדים שלא נתייאשו הבעלים, א"כ הוי כמקדש בלא עדים ... ועולה לנו מזה דאפילו המקדש בדבר שהוא שלו ממש, מ"מ אם עידי הקידושין היו סבורים שהוא גזול, הוי כמקדש בלא עדים ואין הקידושין חלים. ולא מצאתי לי חבר בדבר זה בדברי הפוסקים, עכ"ל הנודע ביהודה.

מבואר בדברי הנודע ביהודה, שעידי קידושין צריכים לראות מעשה קידושין, ולדעת שאכן הושלמו התנאים לתפיסת הקידושין.

וכמו כן זוהי שיטת המבי"ט, שלדעתו עידי קידושין צריכים לראות את האשה ואם כסתה פניה אינה מקודשת. וכתב המבי"ט ח"א סי' רכו - "אקדים לזה מה שהוא ידוע, כי האיש אשר נתן קידושין בפני עדים לאשה אחת שפניה מכוסות או אינם מכירים מי היא והלכה לה ולא הכירוה אין כאן קידושין כלל, כי אפשר שלא היתה אשה או היתה אשת

שם. וה"נ אע"פ שהעדים אינם יודעים מן השידוכין כלל, או שסברו שכבר קידש ולא כווננו לשם קידושין, אפ"ה מהני כיון שאנו יודעים דמסתמא היה לשם קידושין, ומכאן ראייה לדברינו שם, אבל השליח ודאי צריך שיתכוון לשם קידושין.

וע"ע בדברי המקנה בסי' ל' סעיף ה' (סוף ד"ה שם ספק). מבואר בדברי המקנה, שאף אם העדים לא ידעו שיש עסק קידושין במעשה שראו, ולפי דעתם הסבלונות נמסרו כמתנה בעלמא, מאחר שהעדים סברו שהאשה כבר מקודשת, או שלא ידעו כלל מהשידוכין, אפ"ה דינם כעידי קידושין, ואם אח"כ מתברר בבית הדין שאמנם היו שידוכין קודם, יש לחוש לקידושין באותם תנאים שחוששין לסבלונות. וה"ה בנידון של המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי, אף שעידי היחוד לא ידעו כלל שהיו גירושין, ולא העלו על דעתן שיש עסק קידושין לפניהם, אפ"ה הן הן עידי יחוד והן עידי ביאה.

ונראה ששיטת המקנה אינה מוסכמת על הרבה מגדולי הפוסקים, וכמו שנבאר להלן.

ונקדים במה שדנו הפוסקים במקרים שבהם העדים ראו מעשה שעדיין אין בו משום תפיסת קידושין בלא שיושלמו פרטים נוספים.

בגמרא במסכת קידושין דף יב. - "אמר שמואל קידשה בתמרה, אפילו עומד כור תמרים בדינא מקודשת, חיישינן שמא שוה פרוטה במדי".

וכתב בזה הב"ש סי' לא סק"ו - "הרא"ש כתב, דהרמב"ם ס"ל כשידוע ששוה פרוטה במקום אחר או י"ל דהיא מקודשת מדאורייתא, וכן ס"ל להר"ן דהיא מקודשת מדאורייתא. ונראה דאיירי דהעדים יודעים ששוה פרוטה במקום אחר, או י"ל דהיא מקודשת מדאורייתא, אבל אם אין ידוע לעדים אז הוי כאילו קדשה בלא עדים".

וכן בשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סימן פה) הובא בפת"ש סי' לא סק"ו כתב בדין זה -

"היוצא מדברינו אלה, אשה שנתקדשה בדבר שהיא והעדים יודעים שאין בו ש"פ ... ואין העדים יודעים ששוה בשום מקום בעולם ושאיין דרכה של אשה זו ליקח חפץ כו' ביוקר מותרת לרוב הפוסקים. ל"מ להפוסקים דלא כשמואל, אלא אפילו להפוסקים כשמואל וס"ל שמואל מדאורייתא חייש אי אית לה אורחא להתם ... היינו כשאין העדים לפנינו וחיישינן דלמא ידעו העדים שש"פ בשום מקום ולאשה זו אורחא להתייקר בכי ה"ג, אבל היכא שהעדים לפנינו ולא עלה על דעתם מעולם, הו"ל כמקדש בלא עדים שאין חוששים לקידושין".

ובהמשך לשיטתו כתב החתם סופר (בתשובה חלק אה"ע סי' קא) וז"ל - "בשלמא בממון כיון שהעיד שגוף זה חייב לגוף זה ממון, אפילו לא ידע אי ישראל או מצרי, מ"מ אח"כ נתברר להבי"ד שזה הגוף הוא בעל דת, חייב לשלם. משא"כ בקידושין אם יעידו זה קידש את זו ולא ידעו העדים אם הם ישראלים, אפילו יתברר לנו שהם ישראלים, מ"מ כיון

בטעות העדים ומקודשת. כך היה נלענ"ד, לולי שהפני יהושע וכך מטין דברי הב"ש וגם הגאון מה"ר יחזקאל נ"י החזיק על דם דבכל גוונא הוי מקדש בלא עדים.

ובשו"ת בית אפרים חלק אה"ע סי' מא, אמנם בתחילת דבריו כתב שדברי הרא"ה נאמרו דוקא בקטנה שכו"ע ידעי שאין קידושין תופסין בה, ולכן יודעים שאם דרו יחד משהגדילה ממילא בועל לשם קידושין והוי כאנן סהדי על קידושין, "אבל היכא שאין העולם יודעים רק שרואים שדרים יחד כאיש ואשתו ולא ידעו ולא יבינו שיש בעסק הזה עסק קידושין, ההוא לא מהני ולא מידי". וכן ביחס לעידי יחוד במי שקדש בפחות משה פרוטה והתייחד עמה בעידי יחוד, כתב הבית אפרים - "אם הני עידי יחוד לא ידעי שזה קידש אותה בפחות משה פרוטה, והיו סבורים שכבר קידשה בפרוטה ... א"כ עידי יחוד אלו אע"פ שהם עידי ביאה, מ"מ לא אסקי אדעתייהו שבעל אותה לשם קידושין שהרי היו סבורים שמקודשת היא לו מכבר ולכאורה נלענ"ד דבכה"ג נמי הוי כמקדש בלי עדים ... כמו דבקיודושי כסף צריכים שיראו העדים שידעו שזו הנתנה הוא נותן עכשיו לשם קידושין, כמו כן צריכין העדים לדעת כשנתייחדו שהיחוד שהוא ביאה הוא לקידושין".

אלא שמסקנת הבית אפרים בהמשך דבריו דאם העדים ראו כל מה שיכלו לראות מצרפים עדותם לעדות אחרת, וכמבואר בתוספות במסכת ב"ק דף ע: ד"ה למעוטי.

נחזור לנידון הצגנו בתחילת דברינו, מאחר שבפנינו מעשה ביי"ד על הגירושין, חוהי עדות גמורה על היות האשה מגורשת, ואף אם ה"אנן סהדי", שהם עידי הקידושין אינם יודעים שהיא מגורשת, לפי דרכו של הבית אפרים, אין לבטל את הקידושין מטעם זה, מכיון שהעדים ראו את כל מה שיכלו לראות.

אך יש להעיר שלשיטת הרי"ף (המובא בתוס' ב"ק דף ע:): יש לדון שעדות העידי קידושין בנידון דידן היא חצי דבר, מכיון שהיא לכשעצמה אין בה כל נ"מ ואינה מועילה בלא עידי הגירושין, ועיין בב"ש סי' קמב ס"ק כא ובחת"ס חלק חו"מ סי' קמח שהשו"ע פסק כרי"ף.

וע"ע בב"ש סי' לא סק"ו שאינה מקודשת אם העדים טעו וסברו שקדשה בפחות משה פרוטה ולא תופסין הקידושין ולבסוף ע"י עדים אחרים התברר ששה פרוטה, ועיי"ש בעצי ארזים סק"ח. ולשיטה זו ה"ה בנידון דידן דסברו שאין משמעות של קידושין בכך שהם חיים יחד. אך עיין באוצר הפוסקים סי' לא סק"ד אות א' שהרבה אחרונים תמהו על הב"ש, וס"ל דמכיון שעידי הקידושין בשעת הקידושין ראו כל מה שיכלו לראות, סגי בהכי. ויתכן שהב"ש קאי בשיטת הרי"ף דהשו"ע בסי' קמב נקט כוותיה, וס"ל שבמקום שאינם יודעים ששה פרוטה חסר בראיית מעשה קידושין, אף שראו כל מה שיכלו לראות.

אלא שבמה שכתבנו סברא להקל מצד מה שלא נודע כלל שהתגרשו, מצאתי שהגאון רבי מאיר שמחה ז"ל

איש או אחת מן העריות שאין קידושין תופסין בה ... וכיון דבשעת קידושין לא היתה ידיעה ברורה מי היא שקבלה קידושין לא חלו למפרע ממה שתתגלה אחר כך מי היא, דידיעה בשעת קידושין בעינן".

לעומת זאת, הרדב"ז בתשובה ח"ד סי' קנו כתב להיפך מדברי הנודע ביהודה והחתם סופר, ולדעתו אין ריעותא אם עידי הקידושין אינן מכירים את המתקדשת אם היא פנויה או אשת איש, וז"ל הרדב"ז -

"שאלה, מעשה היה בראובן שקדש אשה בפני שני עדים ואחד מהם אמר שמעולם לא הכיר אשה זו ולא יודע שמה ... ושאלנו את העד הנזכר אם הוא מכיר את האשה או לא והשיב שאינו מכירה רק אם תשב בין השתי נשים שהיו עמה יכול להכירה ע"י טביעות עין אבל בין נשים אחרות לא יוכל להכירה, גם אמר שאינו יודע שמה ואינו יודע אם היא נשואה או פנויה"

"תשובה איני רואה מקום לשאלה זו והרי היא מקודשת מן התורה כיון שראה אותה ופניה מגולות וכשרואה אותה אחר כך מכיר שזו היא האשה שקדש פלוני ומה לנו שיכיר אותה בתחילה ואת שמה ואת אביה ואם לא יכיר אותה בין נשים אחרות מה בכך הרי הוא מכיר אותה לבדה ובתוך הנשים אשר ראה אותה ... ואם מפני שאין יודע אם נשואה אם פנויה, מה בכך הרי הוא מעיד על אשה זו שנתקדשה ונחזי אנן אם נשואה לא תפסו בה קידושין ואם היא פנויה תפסו בה קידושין ... כלל דמלתא דבנידון דידן כיון שהעדים מכירים עתה את האשה ואומרים זו היא שנתקדשה לפנינו הרי היא מקודשת גמורה מן התורה".

וכמו כן הבית אפרים חולק על הנודע ביהודה הנזכר. בשו"ת הב"ח החדשות בקו"א סי' ז' הובאה תשובת הנודע ביהודה הנזכרת לעיל, תשובה שהנודע ביהודה השיב לבית אפרים, והבית אפרים כתב על דברי הנודע ביהודה, וז"ל - "דוקא היכא שנפל ספק בגוף הקידושין אם באו לידה כלל, או שפיר אמרינן דהיכא שנדמה להם שנפלו קרוב לו אע"ג דבאמת היו קרוב לה מ"מ מה לי שלא היו עדים כלל או דסברי שהם קרוב לו, סוף סוף לפי דעת העדים לא היה כאן שום עסק קידושין, ולדעת מהר"ם אף בספק הדין כן. משא"כ אם שפיר ראו שהגיע לידה רק שהעדים טועים או מסופקים שנדמה להם שיש ריעותא במידי אחרנא, ובאמת אין כאן ריעותא ויש עדים על זה שפיר ילפינן דבר דבר מממון. ומש"כ הפני יהושע דף יב דהוי חצי דבר, כבר כתבו התוס' בב"ק דף ע' דכל שראו מה שיכולין לראות עתה לא הוי חצי דבר, ואף לפי שיטת הרי"ף שם יש למצוא נ"מ, ומכ"ש בנידון דידן אהני סהדותייהו דקידושין, שאם לא יהיו עדים על היאוש צריכה להחזיר החפץ לנגול ... והארכנו להוכיח מש"ס ופוסקים שנראה מדבריהם שכל שהספק מעלמא או אף שטועים וסבורים שאין הכסף שלו וכה"ג, מ"מ כיון שודאי הגיע הכסף לידה ואיתרע חזקת פנויה ועתה נתברר האמת לא איכפת לן

ולנה עמו בפונדקי צריכה גט אף כשהעדים לא ידעו שהאשה התגרשה, הדין מיוסד על מש"כ המקנה שהעדים אינם צריכים להבין שהקידושין תפסו, ואף אם טעו וסברו שאין בהם ממש, הם מועילים כעידי קידושין. מאחר שסברא זו של המקנה אינה מוסכמת, ולדעת המבי"ט הב"ש הנודע ביהודה והחת"ס אם העדים סבורים שלא חלו קידושין הם אינם מועילים כעידי קיום הקידושין, ולכן לשיטתם אם העדים אינם יודעים שבני הזוג התגרשו אין לחוש לקידושין. יצויין שבדרך כלל אותם זוגות מבהירים שללא ספק חזרו יחד לאחר הגירושין, מתוך כוונה לחיות חיים משותפים שלא במסגרת נישואין, ומתוך מגמה שלא לכבול את עצמם במסגרת מחייבת של נישואין, וכי בחזרתם לחיים משותפים, לא היתה כוונה לחזור ולהנשא, אלא לחזור לחיים משותפים ללא כל מסגרת, ובדרך כלל מדובר בזוגות שלא נרתעו מחיים משותפים ללא חו"ק פרק זמן ממושך קודם לנישואיהם, גם בנקודה זו יש לדון אם יהיה בכך סברא לקולא שלא להצריכם גט, ועיין לעיל סי' פז שכתבנו לברר שאלה זו. וכן כשבני הזוג אינם שומרים טהרת המשפחה מצטרפת סברת הרדב"ז (שבפת"ש סי' קמט סק"ב). ובדרך כלל אין עידי יחוד אלא רק ידוע שגרים יחד, יש "אנן סהדי" אך לא עידי יחוד, עיין לעיל סי' פז, כשכל הטעמים מצטרפים יחד, אין להחמיר במקום שקשה לסדר גט מחדש.

מדווינסק כתב להיפך. בתשובת האור שמח ח"ב סי' ל' כתב בתשובתו לבעל הזכר יצחק, בנידון של איש ואשה שדרו יחד לאחר הגירושין, וז"ל - "לפי שכותב כת"ר שבפאניוועז בשעה שדרו כאחד לא נודע שנתגרשה, א"כ במה חלוק זה מאיש ואשה שבאו ממדינת הים, דאם נתחזקו שלושים יום באומר הוא אשתי והיא אמרה בעלי הורגין על זה. ומה שנודע אחר זמן שנתגרשה בקאוונא זה לא מגרע החזקה, דאימור נתקדשה לו בשובו מחלי או דקדשה בצנעא דעבידי אינשי דמקדשי בצנעא. [ויעויין בש"ג ובשו"ת רע"ק סי' קכ"א אי עיקר חזקה דהנהגה או האמירה] אף שאין עדות ברורה (רש"י שם) הא תינח אלו היו יודעים בפאניוועז שהיא נתגרשה ממנו, שוב הוי כמגרש אשתו ונתייחדה עמו, אבל אם לא ידעו והחזיקום לאיש ואשתו, מה מועיל מה שנתודע שנתגרשו בקאוונא, כיון שהידיעה באה לאחר שיצאה מביתו, סוף דבר לדעתי נראה דהוי חזקה".

ולפי זה הנידון כאן אינו מכח האי דינא דלנה עמו בפונדקי, שבדין זה יש סברות לקולא במי שאינו שומר תורה ומצוות או שאינו יודע בטיב קידושין. אלא יש לחוש מכח החזקה של איש ואשתו. ויש להאריך בנקודה זו, בזוגות כאלו שמעצם טיבן, חיים משותפים של הזוג, אין בהם חזקה לנישואין, עיין באה"ע סי' יט ס"ב ובאוצר הפוסקים, ואכמ"ל בזה.

העולה מדברינו - דינו של ספר המקנה שהמגרש אשתו

סימן פט

חיוב הגירושין כששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה (בירור שיטת רבינו ירוחם)

תמוז תשנ"ח

מעוניין בשלום בית, ומצהיר על הסכמתו לתת גט, אך לטענתו הוא עלול להינזק עקב מתן הגט. מאחר שבעת מתן הגט יחול עליהם חוק יחסי ממון הקובע חלוקה של הרכוש בהתאם לכללים שנקבעו בחוק. לטענתו, חלוקה כזו מבחינתו היא העברת רכוש לאשה, רכוש שלפי דעתו היא אינה זכאית לקבל.

ב"כ הבעל טען - "קיימות תביעות רכוש נוספות שהוגשו לביהמ"ש על ידי האשה. אם נבצע את הגירושין יחול חוק יחסי ממון ותוכל לבקש חצי מכל הרכוש, כולל הרכוש הרשום רק על שמו עוד מלפני הנישואין, נמצא שעם הגט היא תוציא ממנו כסף שלא כדין. ולכן יש זמן ... אנחנו מצהירים שאין לנו שום כוונה שלא לתת גט, אלא רק שלא להינזק".

הצדדים הגישו סיכומי טענותיהם בכתב, ובהם כל אחד מהצדדים טוען שהצד השני אשם בפירוד שנוצר. האשה טוענת שהבעל התעלל בה ונהג עמה באלימות פיזית ומילולית ולמעשה נמלטה מהבית עקב חשש לנפשה. והבעל מצידו טען שהאשה עזבה את הבית שלא כדין, ודינה כמורדת.

המקרה הנידון

הצדדים נשואים משנת תשל"ה בנישואין שניים, לשניהם ילדים מנישואין קודמים וילד משותף בגיל 22. לפני שבע שנים הבעל הגיש תביעת גירושין, והתקיים דיון בבית הדין ובסיומו בני הזוג חתמו על הסכם שלום בית, שבו הוסכם לחזור לשלום בית, ולבטל את התביעות ההדדיות בבתי המשפט.

לאחרונה, האשה פתחה תיק לתביעת גירושין, והתברר שהסכם שלום הבית החזיק מעמד זמן קצר, ולאחר שנה וחצי, האשה עזבה את הבית. מאז, במשך חמש וחצי שנים, היא מתגוררת מחוץ לבית. בתקופה זו התנהלו ביניהם מאבקים משפטיים בערכאות השונות. המאבקים המשפטיים הם בשאלת חלוקת הרכוש, וטרם הגיעו לסיומם. כעת לאחר שכבר ניתן פסק דין בבית המשפט המחוזי בנצרת, הצדדים עדיין ממתנינים לדיון בערעור בבית המשפט העליון. ומלבד זאת טרם הסתיימו הליכים משפטיים אחרים בנושא הרכוש. האשה תובעת גירושין, עקב הפירוד הממושך. לדבריה, אין אפשרות לחזרה לשלום בית. גם הבעל מצידו אינו

שהבירור האפשרי הוא מכאן ולהבא ובדרך המבוארת בשו"ע שם, או בכל דרך חילופית המקובלת על בית הדין. אך בנושא זה קשה להטיל על בית הדין להכריע בחקר האירועים בביתם לפני חמש ושש שנים. כעת כבר לא ניתן לברר דברים שנעשו בזמנו בחדרי חדרים.

בנסיבות אלו, על בית הדין להתחשב במצב הנוכחי המתגלה כעת בפניו, שאין בו ספק, ששני בני הזוג מתגוררים תקופה ארוכה בנפרד, ושניהם אינם מעוניינים בשלום בית, גם כעת ועוד קודם לכן במשך תקופה משמעותית. שנית, מאחר שאין ספק שכעת שני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, די בכך כדי לחייב בגירושין את בן הזוג המסרב להתגרש, וכמו שיבואר להלן.

דינו של רבינו ירוחם וביאור שיטתו

גם אם תתקבל טענת הבעל שהאשה גרמה לפירוד ביניהם, יש לחייבו בגירושין בהתאם לדינו של רבינו ירוחם, המתייחס לאשה המורדת בבעלה והבעל גם הוא אינו רוצה בה.

כתב רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח - "כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דיילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש".

בכמה פסקי דין הביאו את דברי רבינו ירוחם בלא חולק ודנו בדבריו בלא לפקפק במסקנתו, עיין פד"ר ח"ו עמ' 13 ופד"ר ח"ח עמ' 323 ופד"ר ח"א עמ' 95 ועמ' 255.

בהלכה זו של רבינו ירוחם, נקבע חיוב הבעל בעיקר הכתובה בלבד אך לא בתוספת הכתובה, ולעיל סי' לו התבארה הלכה זו. להלן נתייחס לשאלת חיוב הגירושין.

רבינו ירוחם פסק את דינו של הבעל לחייבו בגירושין, ויש לברר מה הטעם בחיוב זה, ומדוע נקבעה ההמתנה של י"ב עד שיכפו את הגט, לכאורה אם עילת חיוב הגירושין נובעת ממרידת הבעל, הרי לא מצינו במורד שהורו להמתין י"ב חודש בטרם יחוייב בגירושין, עיין שו"ע אה"ע סי' עז ס"א וסי' קנד ס"ג.

ראשית עלינו להבהיר כי בנידון ברבינו ירוחם, קיים "פירוד הדדי" בהסכמת שני בני הזוג, כששניהם אינם רוצים זה בזה. האשה עזבה את בעלה ונפרדה ממנו מרצונה ואינה רוצה בו, וגם הבעל אינו רוצה בה. אך לא נכון להגדיר את שני בני הזוג כמורדים "מרידה הדדית" זה בזה, ונראה שאין כלל מקום למושג "מרידה הדדית". אלא הראשון שמורד בבן הזוג ודאי יחשב כמורד, אך השני שבן זוגו כבר מרד בו, מאותה עת אינו יכול להתחשב כמורד. חזאת מפני שדיני "מורד" ו"מורדת" מתייחסים לבן זוג המתנער באופן חד צדדי ושלא כדין מהחובות המוטלות

ב"כ הבעל הוסיף וטען כי מוטל על בית הדין למנוע מעשה עושק, ולהמנע מחיובו של הבעל בגירושין, שכן עצם הגירושין יביאו לידי כך שיעשק על ידי האשה.

תביעת האשה לגירושין

מדברי שני הצדדים עולה, שקיים פירוד ממושך של חמש וחצי שנים, וכי שניהם אינם מעוניינים בשלום בית. שניהם עסקו במשך השנים האחרונות במאבקים המשפטיים על דרך חלוקת הרכוש. גם לאחר עזיבת האשה את הבית, וכן לאחר מכן עד היום, הבעל לא הגיש בבית הדין תביעה לשלום בית.

כאמור בזמנו, במסגרת דיוני בית הדין, נערך הסכם שלום בית. אילו גם בשנים האחרונות, הבעל היה חפץ בשלום בית, היה עליו להגיש מחדש תביעה מתאימה, ולבקש לזמן דיון על מנת לבחון את האפשרות להביא לחזרת האשה הביתה, ולבקש סעד וסיוע בהשבת השלום על כנו.

על כן יש לקבוע, שמזה מספר שנים שני הצדדים מבינים ומסכימים שלאחר כל מה שארע ביניהם, אין מקום לשלום בית, שניהם פנו לערכאות האזרחיות על מנת להגיע להישגים בנושאי הרכוש המשותפים - בית, מסגריה ומגרשים, וזהו הנושא היחיד החשוב להם כעת.

אמנם האשה פתחה ראשונה בהליכים אלו, אך גם הבעל הסכים לדרך זו של בירור משפטי בנושאי הממון שביניהם, ואף הגיש תביעות שונות מטעמו.

התרשמנו שההליכים המשפטיים שהבעל נקט, לא נעשו על מנת להגן על עצמו מתביעות האשה בלבד. אלא בעקבות תביעות האשה בערכאות, הבעל גם הוא החליט שאשתו כבר אינה שותפה מתאימה לנישואין, ורק נותר לו לנסות להשיג את המירב בדיוני ביהמ"ש. מתוך התנהגות הבעל מתברר שכבר מתחילת תקופת הפירוד הבעל השלים עם הגירושין, וכי כעת אינו מעוניין באשתו.

ב"כ הבעל טען שעל בית הדין לברר את השתלשלות העניינים בין הצדדים בזמנו לפני חמש שנים בתקופת הפירוד, ולהיווכח שהאשה אשמה בהפרת שלום הבית ובפירוד ביניהם. ביחס לטענה זו יאמר כדלהלן. ראשית, קשה מאד, ובדרך כלל אף בלתי אפשרי, לברר היום, האם בזמנו נאמרו דברים כאלו או אחרים על ידי אחד מבני הזוג, דברים שהיה בהם להביא להפרת שלום הבית, ולתלות באותו בן זוג את הקולר והאשמה בהפרת שלום הבית. אילו בזמנו, בני הזוג היו מגיעים לבית הדין, ובית הדין היה שומע את הצדדים במועד הרלוואנטי, היה ניתן לשקול להציע להם ניסיון לשלום בית, ובד בבד לבחון מי הגורם להפרת שלום הבית. אך לאחר שעברה תקופה ארוכה של פירוד, ושניהם אינם מעוניינים בשלום בית. כעת כבר לא ניתן לקבוע מסמרות בשאלה מי הביא להפרת שלום הבית בזמנו. גם לא יהיה נכון להטיל על בית הדין לקבוע קביעות כאלו, ללא נתונים מבוססים. ועיין בשו"ע אה"ע סי' עז סעיף ד'

והאשה תובעת גט, פשיטא שאסור לעגנה". הרי שמהר"ם לא קבע את חיוב הגט מפני שהבעל אינו יכול למלא חובה כזו או אחרת לאשתו, אלא מפני שאסור לעגנה, וזוהי עילת חיוב הגירושין. ובספר פני יהושע במסכת כתובות דף סד. (ד"ה בגמרא) כתב – "בין בארוסה ובין בשומרת יבם היכא שאינו רוצה לא לכנוס ולא לפטור אלא לעגנה, אין ה"נ דכופין, שאין רשאי לעגנה". וכן עיין בפד"ר כרך יג עמ' 264-274 בפס"ד מביה"ד ת"א בראשות הרה"ג הרב אריה הורביץ ז"ל (וחזר ונשנה בספר לב אריה סי' כג) שהטעם בכפיית הגירושין בדינו של רבינו ירוחם, מפני שאינו רשאי לעגנה, עיי"ש שהוכיחו סברא זו.

אמנם בבעל שמרד באשתו, נפסק בשו"ע אה"ע סי' עז ס"א וסי' קנד ס"ג לחייבו בגירושין, ואין הוראה להמתין י"ב חודש, מכיון שעילת חיוב הגירושין היא המרידה. מאחר שהוטלו על הבעל חובות במסגרת הנישואין והבעל התנער מחובותיו ומרד באשתו, יש לחייבו בגירושין ללא עיכוב. אבל בנידון רבינו ירוחם שהבעל אינו יכול לקבל מעמד של "מורד", כשאינו מתנער מאף אחת מהחובות שהוטלו עליו מכח הנישואין, מחייבים אותו לתת גט כדי שלא יעגן את אשתו. בנידון זה האשה מעוגנת, מכיון שגם אם תחזור בה ממרידתה, אין לה בעל שתוכל לשוב אליו. אך מאחר שהעילה לחיוב הגט נובעת מפני שמוטל למנוע עיגון האשה, לא נכון לקבוע שהיא מעוגנת מיד בימים הראשונים שאינם רוצים זה בזה. ופסק רבינו ירוחם – "משהינן לה תריסר ירחי אגיסא, דילמא הדרי בהו", דהיינו כל עוד קיים סיכוי "דילמא הדרי בהו", לא ניתן לקבוע שהיא מעוגנת, ובתוך י"ב חודש עדיין חסרה העילה לכפיית הגט שהיא - עיגון האשה. שיעור י"ב חודש, הוא פרק הזמן שנקבע בגמ' במסכת כתובות דף סד. להמתנה במורדת, ובתוך פרק זמן זה תולים שמא תחזור בה, לכן העיגון עדיין אינו ברור. אבל לאחר חלפו י"ב חדש ולא חל שינוי, הרי שאפסה התקוה לחזרה מהמרידה, ומכאן ואילך היא מעוגנת. ואם הבעל, שאינו רוצה באשתו המורדת, ממשיך בסרבנותו לתת גט יש לכפותו בגירושין.

וע"ע בפד"ר ח"ח עמ' 325 בפס"ד ביה"ד הגדול בראשות הגרי"ש אלישיב שליט"א ובפד"ר ח"א עמ' 95 בפס"ד מביה"ד האזורי ת"א בראשות הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א, שנטו מדרך זו בביאור שיטת רבינו ירוחם, וייחסו לבעל מעמד של "מורד" למרות שאשתו כבר מרדה בו. אך לאור האמור לעיל הדברים צ"ע.

אמנם בדינו של רבינו ירוחם יש מקום להבחנה כדלהלן - אם האשה מורדת ותובעת גירושין, והבעל מבקש לחזור לשלום בית, אך עקב עמדתה של אשתו הבעל מסכים להתגרש בהסכם גירושין, הבעל אינו טוען שאינו רוצה באשתו, אלא יסכים לקבלה אם תחזור בה. בנסיבות אלו האשה אינה מעוגנת, ודינו של רבינו ירוחם אינו רלוואנטי.

עליו במסגרת הנישואין. לדוגמא בעלמא יצויין שביטוי זה של "מרידה" יכול להתייחס גם לבעלי חיים או אף לאבר בגוף האדם, שחדלו למלא את תפקידם הטבעי, עיין גמ' ע"ז דף כח: "עין שמרדה", ובמסכת חולין דף קלט. "תרנגולת ... שמרדה". דהיינו, "מרידה" משמעה התנערות מחובה המוטלת עליו.

וכן מבואר במרדכי שאדם יחשב כ"מורד" כתוצאה מכך שנהג שלא כראוי, ופשע כשאינו ממלא את המוטל עליו. המרדכי במסכת כתובות (סי' קפג) כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג בענין בעל שחלה ואינו ראוי לאישות - "אמאי לא מיקרי מורד מתשמיש ויוסיפו לה על כתובתה, די"ל דלא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפושעים והמורדים, אבל הכא דמי קצת למוכה שחין".

דברי המרדכי התבארו היטב בספר אור גדול. האור גדול בסי' ד' העלה שאשה נידונת כמורדת כל שמונעת עצמה מבעלה שלא כדין, אע"פ שאין עיקר כוונתה כדי לצער. ובתוך דבריו הביא האור גדול את דברי המרדכי, וכתב האור גדול - "האי דכתב המרדכי דמורד אינו אלא מחמת שנאה וכעס, לאו דוקא הוא, רק אף מאיזה טעם שהוא **שלא כדין**, וכדמוכח מהראיה שהביא דמורד הוי פושע, אבל לא באונס".

כל הנ"ל יוכל להאמר ביחס למורד הראשון הפושע במרידתו ובהתנערות מחובה המוטלת עליו על פי הדין. אבל בנסיבות שאחד מבני הזוג מרד, בין הבעל באשתו או האשה בבעלה, וכבר אינו חפץ בו, ועזב אותו. מכאן ואילך לא הוטלו על בן זוגו חובות הנובעות מהנישואין, ויותר אינו חייב באף אחת מהחובות הללו, וכמבואר בבית יעקב סי' צ' סעיף ה' (ד"ה י"א המורד), ביחס לאשה שבעלה מרד בה. ולכן לא נכון להגדיר כ"מורד" את בן הזוג השני, לאחר שבן זוגו כבר מרד בו.

על כן חיוב הגט בדינו של רבינו ירוחם, אינו מפני שהבעל נידון כ"מורד". מאחר שבאותו נידון, בתחילה האשה מרדה בבעלה, וכתוצאה מכך אין מוטלות עליו חובות מכח הנישואין. הבעל אינו יכול לקבל מעמד של "מורד באשתו", בשעה שכבר אינו מתנער מחובה כלשהיא המוטלת עליו מכח הנישואין, לאחר שבטלה האישות מביניהם, עיין בבי"ט סי' ע"ז שכתב בשם הר"ן בתשובה סי' יג - "האומרת מאיס עלי ... הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד", עכ"ל. אלא שלאחר ששניהם ביטלו את תנאי האישות ביניהם, אין אחד מהם רשאי לעגן את בן זוגו, ולכפות עליו להשאר במצב זה לאורך ימים.

בנסיבות המתוארות בנידון של רבינו ירוחם, מאחר ששני בני הזוג בפירוד ואינם רוצים זה בזה, המשמעות היחידה שיש לעיכוב הגירושין היא - עיגון האשה, לכן חייב בגירושין. עיין חכם צבי סי' א' (הובא להלן עמ' 660) שבאר שקיימים שני סוגי חיוב גירושין - אלו שמנו חכמים, או משום עיגון.

נציין לתשובת מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה סי' עז שכתב בלשון זו - "ועל אותו אדם האסור להיות עם אשתו,

החזרה לשלום בית כבר אינו תלוי באשה, ואין לה בעל לשוב אליו, בנסיבות אלו כעת המניעה כבר אינה ממנה, ואינו רשאי לעגנה. וכן הוא הדין להיפך, אם הבעל עזב את אשתו ללא הצדקה, ומסרב לשוב אליה בנחרצות, אם כעת לאחר פרק זמן של י"ב חודש, לא חזר בו אלא תובע להתגרש, וגם האשה אומר "לא בעינא ליה", או שמעשיה מוכיחים, כגון שהיא נוהגת בדרך המוכיחה באומדנא דמוכח שכעת היא ודאי אינה רוצה בו, ונידונת כאומרת "לא בעינא ליה". בנסיבות אלו, יש מקום לחייבה בגירושין ואינה רשאית לעגנו.

אמנם בפד"ר כרך יג עמ' 274-264 בפס"ד מביה"ד ת"א בראשות הרה"ג הרב אריה הורביץ ז"ל (וחזר ונשנה בספר לב אריה סי' כג) לא כתבו כן, וקבעו שלא לחייב גט, אם הסירוב לשלום בית נובע מכך שכן הזוג יצר פירוד שלא כדין, ובמעשיו גרם לסירוב בן זוגו לשלום הבית. עיי"ש בפד"ר כרך יג עמ' 271 שכתבו - "דברי רבינו ירוחם אמורים דוקא שגם סירובו של הבעל לחיות עמה הוא מצד עצמו, ולא כתוצאה מדרישתה של האשה להתגרש. אבל אם הבעל יפציר בה שתחזור לשלום והיא תעמוד בסירובה, וכתוצאה מכך יסרב גם הוא לחיות עמה, אין לחייבו לגרשה".

אך דבריהם תמוהים מאד, לאחר שדברי רבינו ירוחם נאמרו ללא כל חילוק. אדרבה סתמא דמילתא, באותו נידון של רבינו ירוחם, הבעל אינו רוצה באשתו מפני שמרדה בו. ומנלן לחלק בזה, כשרבינו ירוחם גופיה פסק בסכינא חריפה לחייב גירושין, ולא הורה לחקור ולברר מניין החל הסירוב של הבעל לתת גט, ולבדוק האם בתחילה הבעל בקש להחזירה לשלום בית, או שמיד גם הוא הודיע שאינו רוצה בה. רבינו ירוחם לא הורה לבחון כליות ולב האם שורש סירוב הבעל לתת גט נובע ממרידתה, או היה בא לעולם גם לולי המרידה. אלא מאחר שיסוד דינו של רבינו ירוחם נובע מפני האיסור לעגן, איסור זה קיים בכל גווני.

עיינן לעיל שכתבנו לבאר את הטעם להוראה להמתנת י"ב חודש שנקבעה בדינו של רבינו ירוחם, "דילמא הדרי בהו", ופשיטא שרבינו ירוחם לא בדה מלבו שיעור זמן זה, אלא הוראה זו מיוסדת על הגמ' שקבעה פרק זמן זה במורדת. שביחס אליה נקבע שיעור זמן זה לבחינה האם תחזור בה. אך לא מצאנו בגמ' שיעור זמן כזה ביחס לבעל שאינו רוצה באשתו. משמע שבהלכה זו של רבינו ירוחם, מאחר שהפירוד ההדדי החל ממרידת האשה, אנו ממתנינים לבחון האם אמנם האשה תחזור בה, וזאת בהנחה שהחזרה שלה ממרידתה תשפיע על הבעל לחזור בו מדבריו שאינו רוצה בה. ומאחר שזהו הביאור הפשוט בדינו של רבינו ירוחם, הרי שרבינו ירוחם התייחס למקרה שבו שלילת הבעל את אשתו נבעה כתוצאה ישירה ממרידתה.

הראיה שהביאו בפד"ר (שם) מדברי התוספות במסכת גיטין דף מט: תמוהה מאד. לעיל התבאר שדברי רבינו ירוחם

נציין בזה, לפסק דינו של בית הדין הגדול בראשות הגרי"ש אלישיב שליט"א, המובא בספר משפטי שאול סי' לה, שהסכים לעיקרון זה. באותו פסק הדין, בנימוקי הגאון רבי שאול ישראלי ז"ל נכתב - "הסתמכותו של ב"כ האשה בסיכומו בפני ביה"ד האזורי על מש"כ רבינו ירוחם בענין אשה שאמרה לא בעינא ליה ואף הוא אמר לא בעינא לה, שלאחר יב"ח כופין אותו לגרש, אינה ענין לכאן. שבטענת הבעל ... לא נאמר אלא שמסכים בדלית ברירה במתן גט, אבל הצעתו לשל"ב בעינה עומדת. הואיל וכן נראה שיש לקבל הערעור, ואין לחייב הבעל במתן גט", עכ"ל.

בהתאם לפסיקה זו, אם הבעל מסכים לחזור לאשתו, אלא שהסכמה זו אינה יכולה לצאת לפועל מפני שאשתו מסרבת, לא ניתן לקבוע שעצם הסכמתו לתת גט בתנאים כאלו או אחרים תביא לכך שעיון האשה יתייחס אליו. שהרי האשה אינה מעוגנת, ודינה ככל מורדת שאם תבקש לחזור לבעלה, בעלה יקבלנה. ועיינן בספר אבני מילואים סי' עז ס"ק כ' שכתב "אבל אומרת מאיס עלי, בידה לשוב אליו כל שעה, והוי השתא מניעה ממנה". לכן כל עוד ברור שאם תבקש לחזור לבעלה, הבעל יקבלה חזרה, הרי עדיין המניעה ממנה.

אמנם יהיה מקום לפסיקת חיוב הבעל בגירושין אם יתברר לבית הדין שעמדת הבעל היא שלילת האפשרות לחזרה לשלום בית. כגון אם יתברר שמחוץ לבית הדין הבעל אמר דברים ברורים שאינו רוצה יותר את אשתו, או כיוצ"ב מסוג הדברים שהבעל אמר בנידון רבינו ירוחם - "אנא נמי לא בעינא לך", או אם תהיה לבית הדין אומדנא ברורה ומוכחת שזו היא עמדתו, וכי דבריו בבית הדין על רצונו בשלום בית הם מן השפה ולחוץ בלבד. בנסיבות אלו יש מקום לפסיקת חיוב גירושין, גם אם עמדתו של הבעל השולל חזרה לשלום בית, נוצרה כתוצאה ישירה ממרידתה של האשה, וגם אם מרדה בו ללא הצדקה. שהרי בנידון רבינו ירוחם, הפירוד החל מתביעת גירושין של האשה שהודיעה "לא בעינא ליה, יתן לי גט וכתובה". וכתוצאה מכך הבעל הודיע - "אנא נמי לא בעינא לך". ובנסיבות אלו פסק רבינו ירוחם בשם רבו את חיוב הגירושין לבעל. רבינו ירוחם לא נכנס לבירור האם אמירתו של הבעל "אנא נמי לא בעינא לך" נובעת כתוצאה ממרידת אשתו או שאינה תלויה בכך, ומבואר מדבריו שאין בזה כל חילוק. אלא מאחר שהאשה אינה רוצה בבעלה והבעל אינו רוצה באשתו, וחלפו י"ב חודש, הבעל מחוייב בגירושין ואינו רשאי לעגנה. ונציין לדברי האבני מילואים סימן עז ס"ק כ' הנוכחים לעיל שכתב "אמנם בוינתה אע"ג דהיא גרמה, מ"מ עכשיו אחר שזינתה אין בידה לתקן ותו לא הוי אח"כ המניעה ממנה. אבל אומרת מאיס עלי, בידה לשוב אליו כל שעה והוי השתא מניעה ממנה". ולפי דרכו, גם אם האשה במעשיה השליליים הביאה לכך שהבעל כבר אינו רוצה בה, אין לך אלא שעתו ומקומו באשר הוא שם, מאחר שכעת העדר

הגירושין, ולעגן את בן הזוג. אין מוטל על בית הדין לברר מה הגורמים שהביאו לכך שהשני כבר אינו רוצה בבן הזוג, אלא לאחר שבית הדין נוכח ששניהם יותר אינם רוצים זה בזה ינתן פסק הדין לחיוב הגירושין. אך אם השני רוצה בשלום בית, ויקבל את בן הזוג המורד אם יחזור בו ממרידתו, אין עילה לחייבו בגירושין על יסוד הסכמתו להכנס למו"מ על הסכם גירושין, וע"ע לעיל סי' נד.

טענת הבעל על נזק שיגרם לו עקב הגירושין

ב"כ הבעל בסיכומיו כתב - "עייין בפד"ר ב' עמ' 73 שכתבו שיש הלכה שבית דין וכל אדם מצווים לדאוג ולשמור שממונו של אדם לא ילך לאיבוד באשמת חבריו וזה או מדין תורה או מצד תקנת חכמים מצד החיוב להציל עשוק מיד עושקו ולשם כך יש להשתמש בכל אמצעי אפשרי בכל "טצדקי דמצי למעבד ... זו הלכה בדיני דיינים שהחיוב מוטל בראש ובראשונה על הדיין להציל עשוק מיד עושקו". למעשה, אם טענה זו תתקבל, הרי שבני הזוג דגן לעולם לא יתגרשו, מאחר שעם פקיעת הנישואין יחול עליהם חוק יחסי ממון, ומאחר שלטענת הבעל חוק זה ישלול ממנו חלק מרכושו, הרי שאליבא דטענתו יש להמשיך במצב הנוכחי ללא קץ.

יצויין, האשה הודיעה על הסכמתה ליישב את כל הסכסוך במסגרת בוררות, אליה תועבר הסמכות לפסוק בכל הנושאים הממוניים העומדים על הפרק, ובהליך מסוג זה ההליך יסתיים בזריזות, ולחילופין הסכימה להעברת הדיונים בנושא הרכוש לסמכות בית הדין. אך הבעל סרב לכך, והוא מעוניין שההליכים ימשיכו להתנהל בבית המשפט, ושחלוקת הרכוש תפסק על פי החוק האזרחי. בנסיבות אלו, לא יתכן שהבעל יטען כעת שחוק יחסי ממון אינו מקובל עליו. גם לולי ההצעה להעביר את כל הנושאים להכרעת בורר או לסמכות בית הדין, אין עילה לעיכוב הגירושין, כפי שיבואר להלן.

התשב"ץ ח"ב סי' סח כתב תשובה אודות חלוקת ירושה, ובסוף דבריו כתב - "וכל טענות אלו לזכות בני שמעון היה מן הדין לקיימם אלו באו מתחילה לדון בדיני ישראל, אבל כיון שהלכו תחילה לדון לפני האומות ובדיני האומות יצאו חייבין, הרי אלו כאילו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם והרי מה שדנו האומות בין לוי ובין בני שמעון קיים".

ובשו"ת הרשב"ש סי' שלא כתב - "שני אנשים עברים ניצים שנתרצו לדון בערכאותיהם בקנין, או אחר שנגמר הדין ולא חזרו בו אחד מהם קודם גמר דין, דיניהם דין. אבל אם יש (ט"ס וצ"ל אין) קנין, אם חזר בו אחד מהם קודם גמר דין אין חייב לו כלום. ואם יש ביניהם שטרות בכוחות וקבלות אחרים הכל לפי מה שקבלו עליהם, ואין לדין אלא מה שענינו רואות והכל לפי הטענות".

וע"ע ברמ"א חו"מ סי' כב סעיף ב' ובש"ך (שם), וכתבו התומים סק"ו והישועות ישראל (עין משפט, סק"ו) בביאור

לא נאמרו בנסיבות בהם הבעל מבקש שלום בית אך נאות למלא את רצונה ולתת גט, עיין במש"כ לעיל מספר משפטי שאלו. גם בדברי התוספות לא נזכר דבר וחצי דבר שהבעל אומר דברים שמשמעותם - "אנא נמי לא בעינא לך", כפי שהבעל אמר בנידון רבינו ירוחם. אלא התוספות התייחסו למקרה שהבעל נאות לגרש את אשתו שהקניטתו. אך מנלן לייחס לאותו בעל את האמירה שאינו רוצה באשתו, ושגם אם תחזור בה לא יקבלנה יותר. לכן בנידון שבתוספות, בידו שלא לגרשה כשאר אשה מורדת, שבעלה יסכים לקבלה אם תחזור בה, וכל עוד אינה חוזרת בה, המניעה ממנה, כמבואר באבני מילואים הנזכר לעיל.

ומה שהביאו בפד"ר (שם) ראייה מדעת החולקים על הרמב"ם, דבריהם אינם ברורים. אמנם הפני יהושע באר את שיטת הרמב"ם שכפיית הבעל בגירושין ב"מאיס עלי" היא מפני שאינו רשאי לעגנה. אך הדבר פשוט שיש כמה דרגות בעיגון, וגם אין משמעות אחת ללשון עיגון בסוגיות הש"ס השונות. לכן אמנם לדעת הרמב"ם, סוג העיגון באומרת מאיס עלי מביא לחיוב גירושין. אך לדעת החולקים על הרמב"ם, מאחר שבאומרת "מאיס עלי" המניעה ממנה, ואם תסיר מלבה את המאיסות תוכל לשוב לבעלה, לשיטתם בסוג עיגון כזה אין חיוב גירושין. אבל גם הם מודים שאם כבר אין לה בעל שתוכל לשוב אליו, זהו עיגון חמור יותר, שבו המניעה לחזרה לשלום בית כבר אינה רק ממנה, אלא גם מפני שאין לה בעל שתוכל לשוב אליו. ביחס לעיגון חמור כזה קבע רבינו ירוחם שיש לכפות את הבעל בגירושין. ולכן אין נפקא מינה מה הם הגורמים לכך שהבעל אינו רוצה בה, והאם אשתו אשמה בכך. אלא העיקר תלוי בכך שכעת היא מעוגנת בלא בעל שתוכל לשוב אליו אילו חפצה בכך. ודומה לסוג העיגון ביבם שאינו רוצה לא לחלוץ ולא ליבם, שנפסק ברמ"א אה"ע סי' קסה ס"א שכופין אותו לחלוץ. לכן אין ראייה מהחולקים על הרמב"ם שיחלקו גם בנידון רבינו ירוחם, או בנידון שהבעל אינו רוצה באשתו באשמתה. אמנם ביבמה הוסיף הרמ"א תנאי שהיא באה מחמת טענה, אך מלבד שרבו החולקים על דעתו, עיין בפד"ר כרך יג שם, חיוב הגט בבעל נשוי הוא גם כשאינה באה מחמת טענה, כמבואר ברבינו ירוחם גופיה בנתיב כג חלק ח' הנזכר, והובא בבית יוסף בסוף סי' עז (ד"ה אפילו נדה).

סיכומו של דבר - בכל מקרה שבית הדין נוכח שכעת

האשה אינה רוצה בבעלה והבעל אינו רוצה באשתו, יש לחייב בגירושין את בן הזוג המסרב להתגרש. העילה לפסק הדין לחיוב הגירושין הוא מניעת עיגון, וינתן לאחר פירוד של שנה, בהנחה שזהו פרק הזמן שבו מתברר לבית הדין שאין סיכוי לחזרה לשלום בית, וכי העיגון הוא עובדה מוגמרת. אמנם מעמד של "מורד", ינתן רק לאותו בן הזוג שיצר את הפירוד. בנסיבות אלו, בן זוג שכבר חי בנפרד, אינו יכול להכנס לגדר "מורד", אך אינו רשאי לעכב את

במקום שאינם מתיישבים עם דין תורה, ובכך הוא מנוע לטעון טענת עושה.

הגע עצמך, וכי במקרה שבו הבעל דן יזכה במשפט מסויים שהתנהל בערכאות, ויפסקו לזכותו דמי הוצאות משפט, האם הבעל ימנע מליטול סכום זה מחשש איסור גזל על פי דין שו"ע חו"מ, וכי יהיה הולך לשאלת חכם על מנת לברר אם כל סכום כסף שקבל ראוי שיזכה בו על פי שו"ע חו"מ.

אילו הבעל היה יהודי שומר מצוות החושש לאיסור ערכאות, וכל משפט שיש לו עם זולתו מתנהל בדין תורה בלבד, וגם במשפט הנוכחי לא קבל עליו את חוק המדינה, היה מקום לעיין בטענתו שמוטל על בית הדין למנוע את העושה שהוא עשוי להעשק, כשמוציאין ממנו ממון בהסתמך על החוק האזרחי. אבל בנידון דידן, שהבעל קבל על עצמו להישפט על פי החוקים האזרחיים, גם אותם שאינם מתיישבים עם דין תורה, וכפי שהוכח במהלך הדיונים המשפטיים שהתנהלו, חלקם ביוזמתו, יש לדחות את טענתו. וע"ע מש"כ לעיל סי' מח בשאלת תוקפו של חוק יחסי ממון על פי ההלכה.

אך כאמור בראשית דברינו, בנידון שלפנינו אין צורך בנימוק זה, ודי בכך שהוא מתנגד כעת להעביר את הנושאים העומדים על הפרק להכרעת בית הדין, הראוי לקבל סמכות שיפוט על פי חוק או לבורר מוסכם שיכריע בסכסוך לפי שיקול דעתו בהליך זריז.

במאמר מוסגר נציין כי סברת מהרשד"ם בתשובה חלק אה"ע סי' מא, אינה מתקבלת כשהבעל המחוייב בגירושין, מבקש לקבל רכוש שאינו שלו בתמורה למתן הגט, ואף בגוף דינו של מהרשד"ם יש עיקולי ופשרי, וכמו שהתבאר להלן סי' צא.

מסקנת הדברים - יש לחייב את הבעל בגירושין.

דינו של הרמ"א - שיש לחלק בין עצם איסור ערכאות ובין התוצאות הנובעות מקבלת הערכאות כערכאת שיפוט המקובלת עליו. אמנם מוטל על כל אדם לקיים את המשפט בדין תורה, אך גם אם קבל עליו את דין הערכאות ועבר על איסור, עכ"פ התוצאות הנובעות מכך, אינן משתנות עקב האיסור שבמעשה.

ובמהרש"ם ח"א סי' פט כתב לחייב בתשלום הוצאות שפסקו בערכאות כששני הצדדים הלכו מרצונם להשפט בערכאות, וכתב מהרש"ם - "שהרי שניהם סמכו את עצמם על דיניהם, וגם הנתבע אדעתא דהכי נכנס, אם לנצח אם להנצח, דאל"כ הו"ל להזמינו מיד בהשיגו תביעה הראשונה שבדיני אומות העולם לבי"ד של ישראל, והו"ל כמשחק בקוביא דגמר ומקני בדיבור בעלמא כמ"ש בשו"ת ברכת יוסף חחו"מ סי' כג". ועיי"ש שהסתמך על התשב"ץ ח"ג סי' סח שכיון שהלכו תחילה לדון בערכאות ה"ז כאילו קבלו עליהם לדון באותו דין ומחלו זכותם.

בנידון שלפנינו ששני הצדדים מנהלים דיונים ממושכים במסגרת ערכאות בתי המשפט לסוגיהם השונים, ומקצת הדיונים החלו ביוזמת הבעל, הרי ששניהם קבלו עליהם את בית המשפט כערכאת שיפוט המקובלת על שניהם, ואת החוקים האזרחיים שעל פיהם דנים ופוסקים הערכאות האזרחיות. וכמ"ש התשב"ץ - "הרי אלו כאילו קבלו עליהם לדון באותו דין".

במקרה שבפנינו שהבעל אינו מוכר כיהודי שומר מצוות החושש לאיסור ערכאות, ובנסיבות הנוכחיות שהוא בעצמו הגיש תביעות לבית המשפט, אין יסוד לטענה שלא קבל על עצמו ערכאה זו.

הטענה שמוטל על בית הדין למנוע מהבעל להעשק, אינה טענה, מאחר שגם לפי דרכו של הבעל אין כאן עושה, לאחר שכבר קבל על עצמו את חוקי המדינה כמחייבים, גם

סימן צ

כפיית גט לבעל שעזב את אשתו וחי עם אשה אחרת

את יחסיו עם האשה הנשואה, הבעל הודה בכך וטען להגנתו כי הדבר נעשה בעת היותו מורחק בצו הרחקה.

בנסיבות אלו שהבעל נתפס בשקריו, גם דבריו האחרים נשמעו כבלתי אמינים.

בדיון אחר, הבעל הצהיר כי כל עוד הוא מורחק מהבית מותר לו ללכת עם נשים אחרות.

עקב סירובו לתת גט, ובנסיבות המתוארות בית הדין קבע להטיל על הבעל צווי הגבלה, והחלטה זו אושרה בבית הדין הגדול.

לבקשת ב"כ הבעל, הצדדים נשלחו לגישור במגמה להביא לסיום הפרשה בהסכמה. אך לאחר מספר חדשים

המקרה הנידון

הצדדים נשואים 25 שנה ולהם שני ילדים בוגרים. הבעל הורחק מהבית בצו הרחקה שניתן בבית המשפט לפני ארבע שנים, ומאז הצדדים מתגוררים בנפרד.

בדיון שהתקיים בבית הדין, האשה טענה כנגד הבעל על מעשי אלימות הכוללות בעיטות ומכות יבשות. בנוסף טענה על איומי אונס ויחסים שלא כדרך הטבע והשפלות. וכן נטענה טענה, שהבעל בוגד עם אשה נשואה. באותו דיון, בתחילה הבעל הכחיש את כל הטענות המיוחסות לו לרבות טענת הבגידה. אך לאחר שהתברר שקיימת קלטת המתעדת

יוציא ויתן כתובה. אי בעית אימא קרא, ואי בעית אימא סברא, ואי בעית אימא גמרא. קרא, דכתיב אם תקח נשים על בנותי. איבעית גמרא, דאמרין הכא והוא דאפשר בסיפוקייהו, ובגדון זה כתיב ורועה זונות יאבד הון. ואיבעית אימא סברא, דגרע מכל הנהו דפרק המדיר. ודוקא שיש עדים שראו אותו עם הארמאית כדרך המנאפים, אבל אם הביאו לו נכריות בנים, עבור זה לא כפינן ליה, שראינו כמה נספים בעלילות. ודוקא שיכולה האשה לבקש עדים שיעידו מעצמם, אבל לא פסקתי להחרים על ככה, דכל ישראל בחזקת כשרות עד שיודע פסלות. גם אמרתי שיעידו עדים זה שלא בפני זה, ויחקרו אותם בדרישה וחקירה כמו על דיני נפשות. ואחרי שפסקתי הפסק, שלחו קרובי האשה תשובת הר"מ ז"ל הועתקה מכתב ידו, והאריך בו מאד, וכתב כל הני טעמי שכתבתי, וסוף דבריו היכא דאיכא סהדי או כשהודה מעצמו, כייפינן ליה להוציא, עכ"ל.

וכן פסק הרמ"א בסי' קנד סעיף א' - "מי שהוא רועה זונות ואשתו קובלת עליו, אם יש עדות בדבר, שראו אותו עם מנאפים או שהודה, יש אומרים שכופין אותו להוציא, אבל משום שמביאין לו ילדים נכרים אין לחוש, דילמא משקרים עליו".

וכן בשו"ת מהר"י ברונא סי' קסח בסוף התשובה ציין לדברי האגודה, ונראה שמסכים עמו.

לכאורה, היה מקום לומר ששיטת מהר"ם מרוטנבורג (עליה הסתמך ספר האגודה) מתפרשת היטב על פי המבואר בתשובת הרשב"ש סי' צג ובתשובת חוט המשולש הטור השלישי סי' לה שדעת מהר"ם מרוטנבורג שבאומרת מאיס עלי ויש אמתלא מבוררת כופין לגרש, ועיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק ה' סי' כו סק"ה ובשו"ת יביע אומר ח"ג חאה"ע סי' יח סק"ד במה שכתבו בדעת מהר"ם שיש לכפותו לגרש כשאומרת מאיס עלי באמתלא מבוררת, אלא שהרא"ש והטור פסקו כמהר"ם, רק לענין הממון ולא בענין הגירושין.

אך אם נאמר כך, לא יתיישבו פסקי הרמ"א. הרמ"א בסי' עז ס"ג פסק כדעת הרא"ש והטור, שהסכימו לדינו של מהר"ם מרוטנבורג רק לענין הממון, ולא לענין לכופו לגרשה, ומבואר ברמ"א שאין כופין במאיס עלי אף שקיימת אמתלא מבוררת. למרות זאת, הרמ"א בסי' קנד, הן בדרכי משה והן בשו"ע סעיף א', פסק הלכה למעשה את דינו של מהר"ם והאגודה.

מלבד זאת, עיין בספר האגודה עמ"ס כתובות בפרק אע"פ (סי' פח) שדחה דעת הסוברים לכפות במאיס עלי, ומסקנתו שאין כופין, אפ"ה כאן פסק לכפותו.

ובהכרח היינו טעמא, דפשיטא לבעל האגודה ולרבו מהר"ם מרוטנבורג, ולרמ"א, שהדין ברועה זונות אינו כדין "מאיס עלי" באמתלא מבוררת, וכמבואר בגוף דברי האגודה "דגרע מכל הנהו דפרק המדיר".

הבי"ב בסי' קנד, לאחר שהביא את דברי ספר האגודה כתב - "מכל מקום נראה לי דאין לסמוך על דברי ספר אגודה

התקבלה הודעה מטעם המגשרת שהתקיימו מספר פגישות והתברר לה שמקרה זה אינו מתאים לגישור.

כעת בפנינו בקשת האשה לכפות את הבעל בגירושין. לטענתה, בתקופה האחרונה הבעל יצר קשר ממושך עם אשה ערביה שאף הרתה לו ועברה הפלה. לדבריה, היא אישית נפגשה עם אותה אשה ושמעה ממנה על הקשר שביניהם. הבעל הכחיש הכחשה טענה זו למרות שטען כי מצידו אין בעיה עקרונית עם קשר כזה, בנסיבות הנוכחיות שהוא בנפרד מאשתו.

הקדמה

העילות לגירושין הן -

א. האשה מאסה בבעלה עקב האלימות שהוא הפעיל כנגדה פעמים רבות. אמנם לא היתה התראה בטרם הבעל נהג בה באלימות, עיין להלן סי' צב. אך במקרה זה שהבעל יצר קשר עם אשה נשואה, יש לחייבו בגירושין. הבעל הודה בכך לאחר שהתברר לו כי קיימת קלטת המוכיחה טענה זו. הבעל הצהיר כי לפי הבנתו מותר לו ליצור קשרים כאלו בתקופה שאינו גר בביתו מכח הרחקה שהורחק מביתו. הבעל הוחזק כפרן, ועקב כך אינו נאמן בטענתו שהכחיש את הקשר ממושך הנוכחי עם אשה ערביה (ולהלן נרחיב בנקודה זו).

ב. קיימת עילה נוספת לחיוב גירושין, והיא - שהן הבעל והן האשה אינם מעוניינים זה בזה. גם הבעל כבר אינו מעוניין בשלום בית, ומגמתו היחידה היא ללחוץ על אשתו להביא לפתיחה מחודשת של הנושאים הרכושיים שכבר הוכרעו בבית המשפט, לאחר שלא עלה בידו להשיג זאת בדרכים המשפטיות המקובלות, באמצעות עירעור. דינם של הצדדים כשני בני זוג שאינם רוצים שלום בית והמבטלים את תנאי האישות ביניהם (כלשון הר"ן בתשובה שהביא הבי"ב סי' עז). ולדעת רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח יש לכפות גט. וז"ל רבינו ירוחם - "כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש". ועיין לעיל סי' פט במש"כ בביאור דינו של רבינו ירוחם.

חיוב הגירושין עקב בגידתו

יש לברר את עילת חיוב הגירושין עקב עזיבת הבעל את אשתו ויצירת הקשר עם אשה אחרת, ובנוסף, הוסיף חטא על פשע בכך שהקשר נוצר עם אשה נשואה.

מקור הדין הוא בספר האגודה עמ"ס יבמות סי' עז, וז"ל - "פעם אחת בא מעשה לידי, לאה טוענת על ראובן שהיה רועה זונות והוא כופר, ופסקתי שאם תביא עדים שהוא כן

הנוכרת בסי' ח', למרות שהנידון הוא באשה שמאסה בבעלה כמבואר בלשון השאלה, התשב"ץ לא ראה סתירה לדבריו ממה שפסק בדין מאיס עלי.

ובהכרח שביאור העניין הוא, ב"מאיס עלי" הנידון הוא בכה"ג שהבעל אינו מצערה ואינו נוהג כנגדה שלא כהוגן, אלא האשה מאסה בבעלה, גם אם המאיסות נובעת ממעשיו מצד שאינו הולך בדרך ישרה, וכמ"ש הטור אה"ע סי' עז - "וכן היה דן ר' מאיר מרוטנבורג ... הלכך לא היה דן דין מאיס עלי אם לא שנתן אמתלא לדבריה למה לא מקובל עליה או שלא היה הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו". אבל כשהבעל מתנהג שלא כשורה, התנהגות הפוגעת באופן ישיר באשה, כגון שמצערה שלא כהוגן, כעין הנידון בתשובה זו, לכו"ע חייב לגרשה. וע"ע בשו"ע אה"ע סי' קנד ס"ג ובביאור הגר"א סק"י.

וכן ראיתי בספר אות היא לעולם ח"ב מערכת המ' סי' לא, שדן לברר את שיטת התשב"ץ ובסוף דבריו העלה שטעמו של התשב"ץ הוא מפני שבמקרה שהבעל בעל מידות רעות ומצער את אשתו, גרע טפי, מאותם השנויים במשנה בהמדיר.

והנה בפד"ר ח"ג עמ' 222 בפס"ד מביה"ד בירושלים, הגר"א וואלדינברג ז"ל העיר על דברי ספר יד אהרן הנוכרים לעיל, שלא דק במה שתמה על דחיית דינו של ספר האגודה בספר בית יוסף, והגיה בדבריו וכתב שצ"ל בספר יד אהרן "רבינו שמחה" במקום "ספר האגודה", מאחר ותשובת התשב"ץ מתייחסת לבעל המכה את אשתו ולא לבעל רועה זונות.

אך נראה שאין מקום להערה זו ולהגהה. ספר יד אהרן ציין לתשב"ץ, למרות ששיטתו בדין מאיס עלי שאין לכפות גט ודלא כשיטת הרמב"ם, מ"מ פסק בתשובה הנוכרת באשה הסובלת סבל רב מבעלה, עקב מעשיו הרעים שפשע כנגדה, מאחר וזו מאיסות קשה, יש בה כדי להביא לכפיית גט, גם לשיטת החולקים על הרמב"ם, וכפי שהתבארה לעיל תשובת התשב"ץ. וזוהי הסברא העומדת ביסוד דינו של מהר"ם מרוטנבורג וספר האגודה.

על כן מאחר שהתשב"ץ הסכים לסברא זו, סבר בספר יד אהרן שיש מקום להורות כן, גם במקרים שונים מהנידון בתשב"ץ, בהם קיים מצב דומה, כגון רועה זונות, ועל כן כתב יד אהרן שאילו ראה הב"י דברי התשב"ץ לא היה כותב שאין לסמוך על דינו של ספר האגודה המיוסד על סברא זו.

(עיי' בספר ציץ אליעזר חלק ו' סימן מב קונטרס אורחות המשפטים פרק ג', שהגר"א וואלדינברג ז"ל פרסם בספרו את פסק דינו הנוכר מפד"ר ח"ג, עם תוספות מסויימות, אך מצא מקום להשמיט את ההערה הנ"ל על ספר יד אהרן, שכתב בזמנו בפסק הדין שהודפס בפד"ר).

הגר"א בביאורו לסי' קנד בס"ק סה נקט להלכה לכפות גט ברועה זונות וכמו שכתבו בשו"ת מחנה חיים ח"ב אה"ע סי' מה ובשו"ת דבר אליהו (להג"ר אליהו מטרלא). וז"ל הדבר

... לכפות להוציא על דבריהם כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים". על כן הב"י בפסקיו בשו"ע, לא הביא את דינו של ספר האגודה. וע"ע בתשובת מהרי"ט צהלון ח"א סי' רכט שהלך בדרכו של הב"י, ופסק חיוב גט אך לא כפיית גט.

אך הרמ"א בדרכי משה סי' קנד ס"ק כא תמה על הבית יוסף וכתב - "ואיני רואה בזה דבריו כלל. דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כ"ש שהרמב"ן ומהר"ם הסכימו בתשובותיהן בענין הכאת אשתו והביאו ראיה לדבריהם, וגם הסברא מסכמת עמהן, ומה שלא הוזכרו בדברי הפוסקים, אפשר לומר שהיה פשוט בעיניהם וקל וחומר מהאומר איני זן וכו' ... לכן אין לדחות דברים ברורים בקש". וכן מהריק"ש בספרו ערך לחם אה"ע סי' קנד דחה דברי הב"י וכתב - "בעל שהוא רועה זונות, ונתברר כן לבית דין בעדים ודרישה וחקירה, יוציא ויתן כתובה. והמחבר דחה דברי הראשונים, ולהם שומעין, וכ"ש עם סברת הרמב"ם בטענת מאיס עלי", עכ"ל. (יצויין כי רבי דוד גרשון ז"ל מחכמי מצרים בדור שלאחר מהריק"ש העיד על סמכותו של מהריק"ש, וכדלהלן - "כדבריו ... פוסקים בכל ארץ מצרים ובכל גלילותיה, אף במקום שחולק על מרן הב"י, יען כי הוא מאריה דאתרא". אנציקלופדיה לתולדות גדולי ישראל בעריכת מ. מרגליות עמ' 882).

בספר יד אהרן לג"ר אהרן אלפאנדרי ז"ל בסי' קנד הגהות ב"י אות כב בהתייחסו לדברי הב"י הנוכרים, הביא את דברי התשב"ץ ח"ב סי' ח' וכתב, וז"ל - "ואילו היה רואה רבינו המחבר ז"ל דברי הרשב"ץ ז"ל אלו, אפשר שלא היה כותב שאין לסמוך על דברי ספר האגודה כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים".

נוסיף ונציין כי תשובה זו של התשב"ץ הובאה להלכה בתשב"ץ ח"ד חוט המשולש טור ג' סי' לה ד"ה עוד ראיתי, ובתשובת יכין ובוועז ח"ב סי' מד. וכן המהרש"ם הביא את תשובה זו להלכה בשלש מתשובותיו - ח"ב סי' פח (בהשמטות שבמפתחות), בחלק ה' סי' לח ובחלק ז' סי' קנט. המהרש"ם (בח"ה שם) ציין כי תשובה זו נעלמה מהאחרונים.

גם בספר משחא דרבנות אה"ע סי' קלו השיב בדינו של בעל רע מעללים שהיה מצער את אשתו צער רב שהניחה ברעב, ועזב את ביתו בלא מזונות למשך חודשיים וכשחזר לביתו כעס עליה והכה אותה, ובית הדין שדן בעניינו, פסק לכפותו לגרשה, כפייה בשוטיין, על פי תשובת הרשב"ץ ח"ב סי' ח'. וכתב המשחא דרבנות - "ודאי בלי ספק, שכופין אותו בשוטים לגרשה".

יש מקום להוסיף ביאור בתשובה זו של התשב"ץ, שהרי שיטת התשב"ץ (ח"ב סי' סט וסי' רנו) להחמיר בדין מורדת האומרת מאיס עלי, שלא לחייב ולא לכפות את הבעל לתת גט, ועיין בתשובת חוט המשולש טור ג' סי' לה בירור מקיף בשיטת התשב"ץ בדין מאיס עלי, ואפילו הכי בתשובה

ושם בס"ק כ' כתב - "אע"ג דקי"ל להלכה באומרת מאיס עלי דאין כופין אותו להוציא וכמ"ש מרן בסי' ע"ז ס"ב מ"מ לא נכחד דרוב הפוסקים ס"ל דבטוען מאיס עלי כופין אותו להוציא וכמו שאסף וקבץ הגאון מו"ה מוהרא"ג ז"ל בספר צל הכסף ח"א סי' י"ג והבאתיו בספרי אבני האפוד סי' ע"ז אות ג'. ועל כל אילין דהוה שהוא חיסר ממנה שאר כסות ועונה. ומאיים אותה באקדח ורועה זונות. ומכה ומחרף אותה דבכל אחת מהן יש סברות הפוסקים דכופין להוציא, כ"ש בהיצמדם יחד דפשיטא ודאי דהדין נותן לכופו.

ואסופא דמילתא אני אביא מה שהעתיק הרב מטה לחם שם בסי' ל"א משם הרב אות היא לעולם ח"ב דמ"ט ע"ד באיש כעסן ובעל קטטות ומריבות ומתקוטט עם אשתו עד שהכה אותה ורחפה והזרוע שלה נעתק ממקומה וכו' וע"ז נושא ונותן בהלכה הרב אם יש מן הדין לכופו על הגט בשוטים, והביא תשובת הרשב"ץ ח"ב סי' ח' דמתבאר מדבריו דאפילו אם אינו מרעיבה מענין מזונות, מ"מ על היות שמצערה הרבה וי"ל לחיים ניתנה ולא לצער, ובכל כי הא דהצער הוא תדיר. משמע מדבריו דפשיט ליה דלכ"ע כופין על הגט וכו'. ובנד"ז דהגיע הצער עד הכאה וגדול עונו מהכות את אשתו וכו', והסכים לכופו לגרש ע"פ תשובת הרשב"ץ והחוט המשולש ובכי הא דאיכא אמתלא לטענת האשה במאי דמאסה בו ומדות אלו מר ממות דטוב פת חרבה ושלחה בה, ובכי הא אף החולקים על הרמב"ם בטענת מאיס עלי שלא לכופו הכא יודו ע"ש דבריו כי נעמו. והרב מטה לחם שם דע"ז ע"ב הביא עוד משם ספר עיני כל חי בדל"ז ע"ב וע"ג מהספר שנשאל מ"ה מוהר"י בן נחמיאש ז"ל באיש רע ובליעל ושכור ורועה זונות וכו', על הכל שאינו יכול לזון אשתו שמה שמרויח אינו מספיק לו לבדו להשתכר ולהשתגע אם יש היתר בדבר לכופו לפני גויים עד שיאמר רוצה אני וכו' והסכים הרב מוהר"ח"ף לדינא דיכולים בזה לכופו בין בדיני ישראל ובין בדיני עכו"ם עד אשר יפטר את אשתו ויאמר רוצה אני וכו' ע"ד. ולדאבון נפש אין הספרים אתי לראות בשרשן ומ"מ גברי רברבי נפקי הכא וסמוך לבי לא ירא, עכ"ל ספר נושא האפוד.

אמנם בשו"ת רבי עזריאל הילדסהיימר ח"ב סי' פט נשאל בענין כפיית רועה זונות לגרש. והשיב בלשון זו - "להיתר הרמ"א (ריש סי' קנ"ד) ברועה זונות אין פקפוק, והרמ"א מביא כמה פעמים בשם יש אומרים לא משום שיש חולקין, רק משום שלא מצא רק פוסק אחד, ומנהג לא שייך בדבר שאינו מצוי כ"כ כמובן. וגם כפיה ע"י גוי לית דין צריך בשש, כמשנה סוף גיטין ורמב"ם [סוף פ"ב מגירושין] וטוש"ע קל"ד סעיף ט', אכן כל זה נפל בבירא ע"י סעיף כ"א מסי' קנ"ד יעש"ה. א"כ אין לכופו רק בדברים ואין המלטה רק ע"י ריצוי שניהם". ויש להעיר על דבריו מדברי הגר"א בביאורו ס"ק סה שכתב בפשיטות דכופין בהנך דסעיף ג' ולא ראה לחוש מכח המבואר בסעיף כא. והיינו טעמא דהסברא כמבואר בספר האגודה "סברא, דגרע מכל הנהו דפרק המדיר".

אליהו בסי' עג - "אחר כך ראיתי בביאור הגר"א (סי' קנ"ד אות סה) על דברי הרמ"א ... דכל שמפורש בהדיא ודאי כופין בשוטים, וכן הנך דסעיף א' ודסעיף ג' ודסעיף י' עכ"ל. ומדלא חילק וכתב סתם, כוונתו על כל סעיף א', הן על דברי המחבר והן על דברי הרמ"א במה שהביא בשם האגודה". ועיי"ש בספר מחנה חיים ובספר דבר אליהו שפסקו הלכה למעשה לכפות גט בבעל שהיתה לו פילגש אשה נכרית, והסתמכו על דעת הגר"א.

המחנה חיים ח"ב אה"ע סי' מה באר עניין זה, וז"ל - "נ"ל דאגודה דן מתחילה דלו יהא שהאשה טוענת כנגד בעלה שנשא נשים אחרות אפילו בקידושין וחופה, עכ"פ הוה עיניו בעיני אשה ראשונה, דכתיב אם תקח נשים על בנותי. וכיון שהיא נשאת על מנהג המקום שלא יהא לבעל אלא אשה אחת, עיין בטוש"ע בסי' א' או אחר חרם דר"ג, א"כ זכתה האשה בזכות הנ"ל שלא תצטרך לסבול עיניו זה מבעלה, שתהיה לו עוד אשה אחרת דהוה עיניו, ועיין בסי' ע"ז סעיף ח'. אבל מכל מקום יהא רק הדין יוציא ויתן כתובה, ואם לא ישמע להבית דין, מותר לקרוא לו עברייני. וכן הא דאמר רבא ביבמות דף ס"ה דדוקא אפשר בסיפוקיהו ואם לא יוכל לפרנס שניהם אסור לישא שתי נשים, אבל בודאי אם עבר ונשא שתי נשים אין כופין להוציא רק אמרינן לו שמחוייב להוציא אותה, ואם לא, נקרא עברייני. עיין בתוספות יבמות דף ס"ד ד"ה יוציא ובשו"ע אבן העזר סוף סי' קנ"ד דאין כופין בשוטיין דיש לחוש שיהא בכלל גט מעושה, ולכן הוסיף אגודה וכתב וז"ל ובנדון זה יאבד הון דגרע מכל הני דפרק המדיר עכ"ל. ושם בפרק המדיר מבואר דכופין להוציא, וכיון דזה גרע מהנך דפרק המדיר, א"כ הוה הדין כאן דכופין להוציא בשוטיין, וזה מן הסברא אשר מזכיר אגודה, וא"כ הוא הדין בנדון דידן כופין אותו בשוטיין להוציאה ודוק, עכ"ל.

המחנה חיים קבע שהלכה זו שרירה וקיימת אף כשיש לו רק זונה אחת, ואין צורך בנשים רבות, ובכך שיש לו עוד אשה אחת נקרא רועה זונות, וכדמוכח בגמרא במסכת סוטה דף לו: - "ותתפשהו בבגדו לאמר וגו' באותה שעה באתה דיוקנו של אביו ונראתה לו בחלון, אמר לו יוסף, עתידין אחיך שיכתבו על אבני אפוד ואתה ביניהם, רצונך שימחה שמך מביניהם ותקרא רועה זונות, דכתיב ורועה זונות יאבד הון".

וכן פסק למעשה בשו"ת קול מבשר (להגר"ר משולם ראטה ז"ל) ח"א סי' נ', שהטעם שכתבו - "יאבד הון", שייך אף בזונה אחת שצריך להוציא הוצאות עליה ועל ילדיה.

וכן בספר ערוך השולחן סי' קנד סעיף טז פסק להלכה את דינו של ספר האגודה ומטעם שהוא גרוע ממורד ובודאי מאוס עליה.

ובשו"ת נושא האפוד סי' לב כתב - "נמצינו למדין דסברת האגודה, הגם דלא קבלוה לגמרי הפוסקים האחרונים, מ"מ לא מצינו שחלקו עליו בפירוש, רק הרב ב"י ושאר הפוסקים לא חלקו, רק שלא סמכו עצמם לעשות מעשה".

בתשובה (כלל מג סעיף ג') כתב שאין לנו להוסיף על אותם השנויים בפרק המדיר, ומאידך פסק בתשובה אחרת (כלל מב סעיף א') שיש לכפות בעל נכפה, אף שאינו בכלל השנויים בפרק המדיר. וכתב – "נראה דמ"ש הרא"ש דאין לנו להוסיף על השנויים בהמדיר, לאו למימרא דאין בזולתם כפיה מצויה. אלא הכי קאמר, דאין להוסיף אלא מעין אותם ששנו שם בדדמי, דהיינו שהיא מתמוגגת מחמת גירי דיליה, דומיא דמוכה שחין ופולפוס ודכוותיהו שריחם רע ואינה יכולה לדור עמו, ואף גם זאת דברי היזקיהו, דהלב גומר שאינה יכולה לסבול, דמהך טעמא הבו להוסיף את האומר איני זן ואיני מפרנס דאתי מק"ו, כדאיתא בירושלמי אי משום ריח הפה כופין משום חיי נפש לא כ"ש. אלמא כל מידי דבריא היזקא אין זה כמוסיף על מה ששנו חכמים, דזיל בתר טעמא והיא היא. ומן הצד הזה נכפה מעין אותם השנויים שם הוי כל שעתא ושעתא איכא צערא דגופא דהאיכא סכנתא פן תדבקנה הרעה, דכל החולאים אפשרי הדבוק נינהו. וכן נראין דברי הרא"ש בתשובה הנ"ל שכתב ואין הדעת סובלתו להסתופף אצלו וגם יש סכנה בדבר", עכ"ל.

ובספר משפט צדק (לג"ר מאיר מלמד ז"ל) ח"א סי' נט בדיון בשאלת כפיית גט על מי שרדף אחרי אשתו עם סכין האם יש לכפותו לגרש, כתב שיש להניח שמעשיו היו כאיום שאין בו סכנה, וז"ל – "ואפילו נאמר דחמירא סכנתא מאיסורא, וכמ"ש רוב הפוסקים בקטלנית, לזה נשיב דמאחר דלא הכה אותה רק רדפה, עביד איניש דגזים ולא עביד". ומבואר בדבריו, שאילו היה מקום לקבוע שהאשה אכן היתה בסכנה, היה מקום לכפיית הגט, דחמירא סכנתא מאיסורא.

מסקנת הדברים - שיטת מהר"ם מרוטנבורג האגודה הרמ"א מהריק"ש והגר"א היא שבנידון כזה כופין את הבעל שיגרש את אשתו, והטעם מפני שגרע מכל הנך שבסוף פרק המדיר. וכן פסקו הלכה למעשה בתשובת מחנה חיים ובתשובת דבר אליהו ובספר נושא האפוד, בספר ערוך השולחן ובתשובת קול מבשר.

אמנם הב"י לא הסכים לסמוך הלכה למעשה על דינו של ספר האגודה לכפות את הבעל כפייה גמורה בשו"טין, אך מתשובת מהרי"ט צהלון סי' רכט עולה שאלבא דהב"י מבקשין ממנו גירושין וכופין על תשלום הכתובה. אך הבאנו שבספר יד אהרן כתב שאילו ראה הב"י את תשובת התשב"ץ ח"ב סי' ח' שביסס את השיטה לכפות גט במאיסות קשה הנובעת ממעשיו הרעים של הבעל, לא היה דוחה את דינו של ספר האגודה. וכן מהריק"ש בספר ערך לחם דחה את דברי הב"י מהלכה.

לזה נוספת סברת ערוך השולחן שיש לכופו מפני הסכנה. ובימינו שמחלת האידס היא מחלה נפוצה שהפילה חללים רבים, הרי שמפני סכנה זו יש מקום להורות כשיטה זו, ובהנחה שבנסיבות אלו לא מצינו שיחלקו על דינו של האגודה.

והנה בספר תפארת יעקב על הלכות גיטין סי' קנד תמה על דינו של ספר האגודה וז"ל – "ותמהני מנין להם דבר זה הא לא מצינו רק אשה עוברת על דת ולא איש, ומה ענין זה לענין כפיה לגרש, וכ"ש להך דעה החולקין במומר, וכי עדיף זה ממומר, ומדברי הרב משמע דבהא אפשר דכו"ע מודים ... ואף דהמדיר שלא תלך לבית אביה כופין בשביל שמצערה, ולמד מזה הרמב"ן בתשובה מכ"ש למכה אותה שמצערה בגופה. א"כ י"ל ה"נ יש צער גדול לאשה כשבעלה רועה זונות, מ"מ לא דמי דהתם מצערה להדיא שמוחה בה ההליכה לבית אביה או מכה אותה. אבל הכא הוא אינו מצערה רק היא מצטערת בעצמה, ובודאי שאין כופין רק באותן השנויים במשנה. ועוד הא קיי"ל כשמואל דעד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון, וא"כ ה"נ ניסר אותו בשו"טין שלא יעשה כן. א"כ למה ייסרו לגרש ... גם י"ל דידוע דדברי האגודה רובם הם מהרא"ש, והרא"ש פוסק כרב, אבל לדידן קיי"ל כשמואל א"כ כופין שלא יעשה עוד כן ולא לגרש, וצ"ע", עכ"ל.

אך נראה שאין בדבריו כדי לדחות את פסק הרמ"א, ויותר מסתבר כסברא שכתב בתחילת דבריו - "יש צער גדול לאשה כשבעלה רועה זונות". מאחר שידוע שרועה זונות אינו כבעל מומר, שבינו לבין עצמו עובר על מצוות התורה. אבל במקרה זה, הבעל במעשיו פוגע ביסודות האימון ההכרחי בנישואין ופוגע באשה פגיעה נפשית שאינה קלה מהמכה את אשתו. ואינו דומה לאומרת מאיס עלי, שם אנו קובעים שהאשה היא זו שמצערת עצמה, וכמו שבאר בספר מחנה חיים שהובא לעיל.

טענת התפארת יעקב, עד שאתה כופה אותו לגרש נכפה אותו לסור מדרכו הרעה, אינה טענה. מאחר ואינו דומה כפייה למזונות, שאנו יורדין לנכסיו וגובים מזונות, גם אם אין שיתוף פעולה של הבעל. משא"כ הכא שמעשיו נעשים בסתר, לא ניתן להבטיח שנוכל למונעו ממעשיו. ק"ו בימינו שאין בידינו אמצעים חוקיים, או אחרים, לכפותו לחדול ממעשיו, ליכא לסברת שמואל שאמר "עד שאתה כופה אותו לגרש, תכפה אותו לזון".

בספר ערוך השולחן סי' קנד סעיף טז פסק להלכה את דינו של ספר האגודה ומטעם שהוא גרוע ממורד ובודאי מאוס עליה. הערוה"ש הוסיף טעם נוסף לפסוק כאגודה, מפני שאפשר שגם יש סכנה בדבר.

הטעם השני התחזק בזמנינו עשרת מונים, עקב מחלת האידס האורבת לאותם מופקרים, מחלה חשוכת מרפא העלולה להביא לסכנת מוות, דבר שלא היתה בדורות קודמים.

ונציין למש"כ הב"ש סי' קנד סק"ט שכתב בדינו של בעל נכפה "אם היה סכנה בדבר, מהיכא תיתי לומר דאין כופין". ועיין ברא"ש מסכת כתובות פ"ד סי' ג'.

ונוסיף בזה מש"כ בספר משאת משה ח"א אה"ע סי' יז. עיי"ש שכתב לברר את שיטת הרא"ש. מצד אחד הרא"ש

מביתו תמיד, כופין אותו להוציא כי עי"ז אינו זנה לפעמים ופורש ממנה מתשמיש. וא"כ ברועה זונות שעי"ז מבטל עונת אשתו בודאי כופין אותו להוציא. עכ"ד דבר אליהו.

אמנם גם מנימוק זה אין לכופו לגרש בנידוננו, כי גם במורד מתשמיש גמור שמוסיפין על כתובתה, אינו כעונש על שלא קיים בעבר חובת עונה, אלא זה אמצעי כפיה לאלצו שיפסיק ממרדו וישוב לחיק אשתו ולא יוסיף לענותה. וכן החיוב לגט במורד הוא רק כאשר הבעל אומר שימשיך למרוד בעתיד, אבל אם הבעל אומר שמוכן לשוב בתשובה לחזור אל אשתו ולקיים את כל חובותיו כלפיה ולא ימנע ממנה עונתה, אינו חייב במתן גט, ולכן צריך לאמלוכי ביה לגירסת רש"י אולי יחזור ממרדו, וכאשר הארכנו בעז"ה בפס"ד הנדפס בפס"ד הרבניים כרך ז' (עמוד פ').

לאור זה בנידוננו שהבעל טוען שרוצה לשוב ולעזוב את דרכו הנילוזה ויהיה נאמן לאשתו, ולא יוסיף לענותה אין לחייבו ולכופו במתן גט, עכ"ל בפסק הדין. אך בנידון דידן שהבעל עדיין שונה באיולתו ואינו מבקש לשוב לאשתו, אין סברא שלא לפסוק כדעת האגודה.

דעת החכם צבי

החכם צבי בסי' קלג דן בשיטת ספר האגודה, וכתב - "ששאלת ראובן שבא על אשת איש, וחוזר בתשובה. ואשתו תובעת ממנו גט וליתן לה כתובתה, כדאיתא בש"ע עכת"ד. ואני אומר נשתקע הדבר ולא נאמר, לכוף איש כי ינאף את אשת רעהו, להוציא את אשתו בגט ... ודברי חידושי אגודה שהביא הרב רמ"א אינם ענין לכאן. דהתם ברועה זונות ומוחזק לכך ועומד במרדו, ומטעם שכתב בעל האגודה ברועה זונות יאבד הון וסופו לא יהיה בידו לפרנסה. ואף שאין דעתי נוחה בטעם זה שיהא נידון על שם סופו כבן סורר ומורה, דחידוש הוא ולא גמרינן מיניה. מ"מ אפילו לדברי האגודה, אין הדברים אמורים אלא במוחזק לכך, ולענ"ד הוא צריך ג"כ התראה, אפילו לדעת בעל האגודה, לא מיבעיא לענין הכתובה דצריך התראה, דלא יהא זה חמור מעוברת על דת להפסידה כתובתה בעיא התראה ... אלא דאף אם רצונה לצאת בלא כתובה אין כופין אותו כלל לגרש אלא אחר התראה, דלא יהא איסורא קל מממונא, וז"ב בעיני אף לפי דעת בעל האגודה. ואיך שיהיה אין נ"ד דומה לדברי בעל האגודה דהתם מיירי במוחזק ורגיל בכך ועוד דלא היתה כאן התראה ... ומכ"ש ברועה זונות שבא לשוב בתשובה שאף בעל האגודה מודה שאין כופין אם לא בשעבר על קבלתו פעם ושנים, ודבר פשוט הוא שאין לך דבר העומד בפני תשובה וגם חוזר לכשרותו לכל דבר תקף כשיקבל עליו דברי חכמים לשוב בתשובה שלמה. סוף דבר המעשה בנ"ד ליתן גט הוא שלא כדין, ועתיד ליתן את הדין, עכ"ל.

מבואר בדבריו של החכם צבי, שאין לכוף על פי פסק זה של הרמ"א אלא אם הבעל מוחזק בחטאו, אך לא במי

עיין בפד"ר ח"א עמ' 141 בפס"ד של ביה"ד האזורי בירושלים (בהרכב הגר"י עדס ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגר"ש אלישיב שליט"א) שהביאו את דברי הרמ"א שפסק לכפות רועה זונות, וכתבו על זה - "ואם כי למעשה אין כופין ברועה זונות לגרש כיון שיש בזה מחלוקת הפוסקים, אבל מכל מקום יש לחייבו לתת לה גט". אך באותו פסק דין לא ראו את גדולי הפוסקים שהבאנו לעיל שפסקו כספר האגודה. ונראה שיש מקום להורות לכפות גירושין כשאנו רואים שמלבד היותו רועה זונות, אדם זה מאוס על אשתו עקב מעשיו האלימים והתנהגותו כנגדה, ואינו חוזר בו ממעשיו אלא אדרבה במעשיו העמיק את הפירוד בלא תקנה, ובצירוף הסכנה ממחלות קשות הנדבקות באדם הפרוץ בקשרים עם נשים זרות, סכנה המונעת מהאשה להסכים לחזור ולחיות עמו.

בנידון שבפנינו יש לצרף את שיטת רבינו ירוחם, שקבע כפיית גט במקרה ששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, עיין לעיל סי' פט שבארנו את שיטת רבינו ירוחם.

להלן בסי' צב הבאנו את שיטת הב"י שלא לכפות בגט בעל אלים, וכן הרדב"ז ח"ד סי' אלף רכח סבר כן וכתב - "בשלמא בעל פוליוס וחבריו, ירדו חכמים לטוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול, לפיכך הפקיעו חכמים קידושיה על ידי גט כזה. אבל הכא פעם מכה אותה ופעם משמח אותה, פעם מבזה אותה ופעם מכבד אותה במלבושים נאים", עכ"ל.

ולפי זה יתכן שבאותם מקרים שעקב מעשיו הרעים של הבעל, ברור לנו שהאשה אינה מסוגלת לשוב אליו כלל, הרי הבעיה אינה רק בעת שהוא נוהג בהתנהגותו השלילית, אלא בעקבות מעשיו נוצר פירוד מוחלט וקרע שאינו ניתן לאיחוי, וגרע טפי.

גם בדינו של רועה זונות, יתכן שהב"י איירי במי שנוהג לעיתים בדרכו הרעה, אך מלבד זאת, בשאר הזמן דר עם אשתו בשלום, ואכן באותו זמן ניתן לדור עמו בשלום, ולמרות זאת אשתו תובעת גט. אבל כשכולהו איתנייהו בו, גם בעל מידות רעות הנוהג בה באלימות וגם רועה זונות ועקב מעשיו נוצר פירוד שלא ניתן לאיחוי, ואין פרקי זמן שאשתו מסוגלת לשוב אליו, יתכן ובנסיבות אלו הבית יוסף לא יחלוק על ספר האגודה.

ובפד"ר חלק ח' עמ' 259 כתבו - "עוד כתב דבר אליהו בטעמא שנכוף לרועה זונות לגרש, דהא מבואר ביבמות (דף ס"ה) דאמר רב אמי שאני אומר כל הנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה, ואף דקיי"ל כרבא דאמר נושא אדם כמה נשים והוא דמצי למיקם דסיפוקייהו, כתב ע"ז הריטב"א ז"ל דהיכי שהמנהג שלא לישא רק אשה אחת, אף רבא מודה דיוציא ויתן כתובה, דע"מ כן נשאה, וא"כ מש"כ היכי דמכניס צרתה בזנות דאומדן דעת דמוכח טובא דע"ד כן לא נשאת לו. ועיין בתשובת הרשב"א ח"א סימן תרצ"ג, הובא ברמ"א סימן קנ"ד ס"ג, איש שרגיל לבעוס ולהוציא אשתו

ממונות אמרינן שהמוחזק כפרן אינו נאמן בטענותיו לאותו ממון, ה"ה באיסורים אינו נאמן. אמנם בש"ך סי' רלד ס"ק נט כתב דלא כסברת מהרי"ט, היינו לענין טענות אחרות באותו ענין, שבדיני ממונות אינו נאמן בטענות אחרות באותו ממון אך אין הלכה כזו בנדירים. אך ביחס לאותה טענה גופה שכבר הוכחש עליה, יתכן שהש"ך אינו חולק על מהרי"ט.

על כן לא מיבעיא לדעת מהרי"ט, לאחר שהבעל נתבע בגירושין עקב העילה הנ"ל והכחיש, והוחזק כפרן, ולאחר מכן חזר ונתבע עקב אותה עילה כתוצאה ממעשה נוסף, אינו נאמן בהכחשתו. אלא אף אליבא דהש"ך, יתכן שאינו נאמן, בהכחשה המתייחסת לאותה עילה שכבר הוכחש עליה.

יש להוסיף בזה מש"כ הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף רלו, עיי"ש שכתב - "נמצא במקצתן שקרן, ולפיכך שוב אינו נאמן בכל מה שיטעון עליה, שכך עונשו של בדאי שמחזיקין טענותיו בשקר", ועיין בראיותיו.

אמנם באותה תשובה הרשב"א מתייחס להעדר נאמנות הבעל שהיה התובע באותו נידון, לאחר שנמצא רמאי במקצת טענותיו וכן היא ראיית הרשב"א מאשה התובעת להתירה להנשא, והרשב"א אינו מתייחס לנתבע שנמצא שקרן במקצת טענותיו, לדונו בדין הוחזק כפרן. אך מדברי הרשב"א עולה שגם בשאלות של חיוב גט לאשה והיתר נישואין, שהם שאלות של איסור, אנו דנים על פי סברא זו שלא לקבל טענות מי שנמצא רמאי. ומדבריו סייעתא לסברת מהרי"ט.

טיב ההוכחה הנחוצה לחייבו בגט

ביחס לטיב ההוכחה הנחוצה לצורך פסק דין לחיוב הבעל בגירושין. מבואר להדיא בדברי האגודה וברמ"א שאם הבעל מודה במעשיו אפשר לפסוק על פי הודאתו. יש מקום לדון, כיצד ניתן לכפות גט, בלא שעילת החיוב תתברר על ידי שני עדים. מקום הספק הוא מדברי הרמב"ם בהלכות אישות פרק כ"ד הי"ח שפסק - "אמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצונה ... ואם היה מאמינה וסומך דעתו דבריה הרי זה חייב להוציאה, ואין בית דין כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשתו ואת בפניהם ואח"כ כופין אותו להוציא". הרי שאף על פי שאשתו נאסרה עליו בהודאתה מפני שהבעל מאמין לה, בית דין אינו כופה אותו לגרש, אלא על פי עדות שני עדים.

אמנם בספר משפט צדק (הובא בקצרה בכנה"ג אה"ע סי' קנד הגב"י אות מה) כתב שאינו סומך על מש"כ האגודה לכפות על פי הודאת הבעל, דאין אדם משים עצמו רשע. אך מאחר שבספר האגודה וברמ"א אינם טוברים כן ולא חשו לסברת "אין אדם משים עצמו רשע", ופסקו לכפותו על פי הודאתו, יש ליתן טעם בדבריהם.

שנכשל פעם אחת באיסור ובא לשוב בתשובה גמורה. וכן אם לא התרו בו קודם לכן לא ניתן לכפותו לגרשה.

ועיין בפד"ר ח"א עמ' 141 (הנזכר לעיל) שכתבו שלא להוציא פס"ד לחיוב גט בלא התראה. אך לפי הטעם הנוסף שכתב ערוה"ש הנזכר לעיל, הרי שלענין חשש הסכנה, אין תועלת בהתראה, וגם אם ישוב בתשובה יש לוודא שאינו מסכן את אשתו.

כאמור החכם צבי השיב ביחס לבעל שנכשל וחזר בתשובה. במקרה שבפנינו לאחר שבדין אחד הבעל הודה בקלקלתו, רק לאחר שהתברר שקיימת קלטת. ולאחר מכן הבעל טען שאינו רואה בעיה להמשיך לנהוג כך, הרי שבכך הודה שממשיך בקלקלתו, ויש לראותו כמוחזק בכך וכמותרה ועומד לאחר שהובהר לו בדין הראשון שיש במעשיו עילה לחיוב או כפיית הגט.

ונציין למש"כ בספר דעת סופר (להג"ר עקיבא סופר ז"ל) חלק אה"ע שהשיב לרב השואל - "יפה הערת על דברי החכם צבי סי' קל"ג, ואולי אם לא יכול לעמוד בניסיון ויהיה נתפס לעבירה, יהא שכיחא לה בביתה והיא מרגילתו, ובמשך הזמן יהיה מוחזק, כן יש לצדד לענ"ד", עכ"ל. דהיינו שאם אין כאן מצב בו הבעל נכשל פעם אחת בעבירה אלא אנו רואים שאינו עומד בניסיון ומסתמא במשך הזמן יהיה מוחזק בעבירה זו, יש לדונו כרועה זונות כבר כעת, גם אליבא דשיטת החכם צבי. ועל פי דבריו גם בנידון דידן אין להמנע מכפיה מכח דברי החכם צבי.

ובפס"ד מביה"ד הגדול (פד"ר ח"ב עמ' 26) כתב הגר"ש ישראלי ז"ל - "ואם כי החכם צבי מעלה שמסתבר שבכגון דא צריך התראה, נראה שאין זה אלא בזנות על דרך מקרה, ולא כן בנידון דידן שמתמיד באיולתו. וגם אחר שהאשה עזבתו ועברה לבית הוריה, דבר שיכול להחשב כהתראה, ואף יותר מזה, המשיך בדרכו הנילוזה, ובמקום לפייס את אשתו, ולהבטיח שלא יחזור על התנהגותו ולהוכיח זאת בפועל, חזר על קיאו ועוד הצדיק את עצמו בזה, כי על כן שרוי הוא בלי אשה, כאילו עובדא זו שהוא עצמו גרם לה, מאשרת את דרכו להיות שונה בחטא. על פי כל האמור נראה שיש מקום לחייב בג"פ, וזה בנוסף על טענת האשה שהתנהגות זו המאיסה אותו עליה, שזו טענת מאיס עלי באמתלא ברורה, שבכגון דא זה יצטרף כסניף נוסף לנימוקו של האגודה", עכ"ל בפסק הדין.

מלבד זאת, במקרה שבפנינו אשתו נאמנת בטענתה שהעלתה בדין האחרון, על קשר נוסף בינו לאשה נכריה. מאחר שהבעל הוחזק כפרן. וכיון שכן, הרי שהוא חזר לסורו גם לאחר התראה.

ועיין במהרי"ט חלק ב' חלק יו"ד סי' כז שכתב לדון דין הוחזק כפרן אף באיסורים, עיי"ש שכתב - "יש לומר דמכל מקום הרי הוחזק כפרן לאותו נדר כדאמרינן גבי ממון, דתו לא מצי למיטען טענה אחרת הפוטרתו אפילו לאחר מכאן, שכבר הוחזק כפרן לאותו ממון". לפי דרכו כשם שבדיני

שהאשה היתה רוצה לחיות אתו, אלמלא שהבעל הוא רועה זונות, במקרה זה יש מקום לחייבו לגרשה כשהיא דורשת גט, משום שרועה זונות יאבד הון וסופו לא יהיה בידו לפרנסה, וגם משום שעצם היותו רועה זונות נוגע לה שהוא גרוע מעונתה, וגם יש חשש של סכנה לחיות אתו, אבל במקרה שהאשה מורדת בבעלה ולא רוצה לחיות אתו בגלל איזו סיבה שהיא, ואחרי זה נהיה הבעל רועה זונות אף שיש עבירה בידו, מכל מקום אין לחייבו משום זה לתת לה גט, כיון שהיא מורדת בו הרי הוא פטור ממזונותיה, ושוב אין החשש שרועה זונות יאבד הון ולא יהיה בידו לפרנסה. וגם אין הטעם שברועה זונות הדבר נוגע לה שהוא גרוע מעונתה וגם יש חשש סכנה לחיות אתו, דהלא היא מורדת בו ולא רוצה בכלל לחיות אתו, עכ"ל.

יש מקום להוסיף בזה - בספר מחנה חיים (להג"ר חיים סופר ז"ל) ח"ב אה"ע סי' מה, פסק לכפות בגט בעל שקשר קשר עם אשה זרה, למרות שלאחר שהדבר נודע לאשתו היא מרדה בו ועזבה אותו ואינה מסכימה לשוב אליו.

דברי המחנה חיים מאד מסתברים, שהרי לאחר שהאגודה והרמ"א פסקו כפיית גט עקב בגידת הבעל, וזאת מפני החומרה שבמעשיו. הדין כן גם לאחר האשה אינה חפצה בבעלה הבוגד, כפי שמתבקש בנסיבות אלו, ואינה מסכימה לסלוח לו, ובשל כך נקטה בצעד המתבקש ועזבה אותו ושוב אינה חפצה בו כלל, פסק הדין הנ"ל מתייחס לנידון שם שלאחר הנישואין האשה מרדה בבעלה, ונפרדה ממנו, ואינה מסכימה לשוב אליו, וזאת בטרם עלתה על הפרק טענת הבגידה. בנסיבות אלו, אם לאחר מכן הבעל בגד בה, סברו חברי בית הדין בירושלים שלא לדונו בכפיית גט על פי שיטת האגודה והרמ"א.

בנוסף נראה שאין צורך להיכנס לבירור מפורט בכל מקרה לגופו, האם על פי הדין האשה זכאית למזונות, והאם הבעל יזם את מה שנגרע מעונתה. נראה מתוך דברי האגודה ומהר"ם מרוטנבורג שהבאנו לעיל, שעצם ההתנהגות של הבעל, שבחר בדרך נלוזה כזו של רועה זונות, יוצרת מאיסות גדולה, הגרועה מהמאיסות של אותם המוכרים בפרק המדיר. אמנם בספר האגודה מפרט את העילות ליצירת מאיסות זו, ומציין את עניין המזונות והעונה, אך כוונתו היא שהתנהגות כזו של בעל, בדרך כלל מביאה לאיבוד ממונו ולחיסור מעונתה, וגורמת לאשה עינוי. דהיינו - עצם ההתנהגות במהותה גוררת אחריה מאיסות, ומצדיקה את כפיית הבעל בגירושין. ופשיטא שהמאיסות בהתנהגות כזו של הבעל, אינה פוחתת עקב הפירוד הקיים ביניהם ושהחל קודם לכן.

בלשון אחרת נאמר, חיוב הבעל בגט הוא מפני המאיסות שבמעשיו. אמנם בעלמא באומרת מאיס עלי אין כופין גירושין, אך כשמאיסות זו היא כה חמורה ונובעת ממעשיו הנלוזים של הבעל, ואין זו בעיה חריגה של האשה, אלא מאיסות המוכרת והמקובלת בנסיבות אלו אצל כל הנשים,

הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל (בפד"ר ח"א עמ' 13 ובעזר משפט עמ' רכד), באר ענין זה, וז"ל - "ישנו חילוק יסודי, והוא, הכלל של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי הוא רק בסכסוכים שבין אדם לחברו, דשייך בזה תובעים ונתבעים, תביעות והודאות, אבל לא בעניינים שבין אדם למקום, דמכיון שאין בזה תביעות, לא שייך הודאות. וזהו ההבדל בין הנושאים, כי ענין הכפיה לגירושין מרועה זונות, אינו מצד העבירה שברעייה אחרי זונות, כי אין דין כפיה לגט, בגלל עבירות שאדם עובר, אלא בגלל הרס חיי המשפחה הבא כתוצאה מהנהגה כזו של הבעל. ועקב קלקול חיי המשפחה מעין זה שהבעל גרמו, זכאית האשה לדרוש גט. וכשהאשה קובלת עליו ותובעת את הגט, בסכסוך זה עומדים שני בעלי דין, הבעל והאשה, והודאת בעל דין היא הוכחה, כמו בכל ריב אחר בין בעלי דברים. אבל זהו רק אם הדיון הוא בריב בין בעלי דין, אבל בדיון בשאלת נשואי עבירה, ענין הכפיה לגט הוא מצד העבירה שבנישואין, ולא מפני תביעת האשה, ומכיון שאין חיוב הכפיה משום תביעת בעל דין, לא שייך בזה הודאת בעל דין, עכ"ל הגר"א גולדשמידט ז"ל.

מתוך דבריו אלו של הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל התבאר מדוע מועילה הודאת בעל דין, ויתירה מזאת, התברר היטב גדר הדין, מדוע כופין את הבעל בגירושין לדעת ספר האגודה. אין הטעם מפני שכעת אנו דנים אותו על שם סופו שיאבד הון, ובדומה לדינו של בן סורר ומורה. אלא יסוד הדין נעוץ בכך, שכבר כעת ידועות התוצאות העתידיות ההרסניות של מעשיו, וכבר כעת הבעל קלקל את האישות שבינו לאשתו שאינה יכולה לדור עמו.

לעיל כתבנו לברר סברת מהר"ם מרוטנבורג והאגודה. ויש להוסיף בזה שלפי סברת הגר"א גולדשמידט ז"ל, נראה דפשיטא להו למהר"ם ולבעל האגודה, שבנידון כזה של רועה זונות אין כאן מאיסות גרידא, כפי שקיים בדין אשה האומרת "מאיס עלי", שם הבעל מצידו לא עשה מעשה ישיר לשיבוש חיי הנישואין, אלא שהאשה מאסה בו מטעמים מסויימים. אבל בנידון זה הבעל בהתנהגותו וביזומתו פגע במסגרת הנישואין פגיעה חמורה שאינה מאפשרת לאשה לשוב אליו עקב המאיסות העמוקה ממעשיו, וגרע מכל אותם שדינם מבואר בפרק המדיר.

דינו של האגודה במקרה שהאשה אינה רוצה לדור עם בעלה

יש לדון, האם במקרה שבני הזוג גרים בנפרד לאחר שהאשה אינה מעוניינת לדור עם בעלה עקב עילות אחרות, ולאחר מכן הבעל הלך לדור עם אשה אחרת, האם גם בנסיבות אלו יהיה מקום לדינו של ספר האגודה.

בפד"ר ח"א עמ' 141 (הנוכח לעיל), בפס"ד מביה"ד האזורי ירושלים (בהרכב הדיינים הגר"י עדס ז"ל הגר"ב זולטי ז"ל והגר"ש אלישיב שליט"א) כתבו בלשון זו - "נראה הא דברועה זונות יש לחייבו לתת לה גט, היינו היכא

הרב השואל בתשובת מחנה חיים, שאל שאלה זו גם את הג"ר יואל אונגר ז"ל, שהשיב באותו נידון בספרו תשובת ריב"א חלק אה"ע סי' כט, ומבואר שהנידון היה שהבעל לא החסיר מאשתו דבר משאר כסות ועונה (אלא שמקצת מהנדוניא שהכניסה לו, העביר לאשה הנכריה), ולאחר שהקשר עם הנכריה התברר לאשתו, עזבה את ביתו ועברה לבית אביה ושוב אינה מסכימה לחזור לבעלה. בתשובת ריב"א שלל חיוב גט מאחר שהבעל אינו גורע מאשתו דבר משאר כסות ועונה. וז"ל - "דעתי מסכמת לאותו חכם שהשיב לו שאין לכוף לגרש. ואין לדמות לדברי האגודה ברועה זונות, דשם איכא שני טעמי, דמאבד הון ואי אפשר למיקם אסיפוקייהו וגם עינוי תשמיש. ובנידון זה הכי מנע ממנה שום דבר שחייב איש לאשתו, לא ביטל עונתה בעת מבקשת תפקידה לא השבית העונה המחוייב לה, וגם זן אותה בכל עת שהיתה בתוך ביתה. ואדרבה היא שהלכה ממנו ואינה עושה שום דבר שחייבת אשה לבעלה, היא מורדת מתשמיש ומורדת ממלאכה, והיה הדין לכתוב עליה איגרת מרד ולהפסידה כתובתה. רק אם טוענת שנמאס בעיניה מחמת רוע מעלליה, אף דלא קיי"ל כרמב"ם דבטענת מאוס עלי בטענה מבוררת דכופין להוציא, מ"מ כתב הרא"ש בתשובה, דגם אותה אין אנו כופין לענות תחתיו, עכ"ל. ומסקנתו באותה תשובה שאין להורות לחייבו בגט או במזונות אלא רק להוציא ממנו הנדוניא, אף שהוא תוך הזמן, וזאת מפני שרואים שהוא מבזבז את הנדוניא.

בתשובת מחנה חיים, חלק על דבריו וקבע לדונו כרועה זונות, עקב הקשר עם אותה נכריה. ומבואר שאף שהאשה עזבה את בית בעלה לאחר שנודע לה ממעלליה, דן לכפותו בגירושין. אלא שבתשובת ריב"א, סבר שאם אינו מונע ממנה מזונות ועונה, אין לחייבו בגירושין. ונראה שאילו היה מסכים לדונו כרועה זונות הגורע מאשתו את המחוייב לה, לא היתה ריעותא במה שעזבה את בית בעלה עקב מעשיו.

לפי זה נראה, שבאותם מקרים שאנו פוסקים לדונו כרועה זונות, אף אם הפירוד החל קודם לכן, מאחר שבעת שהדבר התברר, האשה אינה חייבת לשוב לבית בעלה, עקב המאיסות שבדבר, יש לכפותו בגט. ולא תהיה נ"מ אם עזבה מיד כשנודע לה או קודם לכן עקב סכסוך אחר. העיקר תלוי במה שכעת מעשיו גרמו למאיסות חמורה, שבנסיבות אלו כעת אשתו אינה מחוייבת לשוב אליו.

וכי יעלה על הדעת, שמעשיו אינם חמורים ואין בהם מאיסות חמורה, כשנעשו זמן מסויים לאחר שאשתו כבר עזבה את הבית.

אמנם אילו הגדר בדינו של האגודה היה מפני שבמעשיו נגרעה זכותה של האשה, כשבעלה אינו ממלא חובותיו במזונות ועונה, וכפי הנראה בדעת תשובת ריב"א, היה מקום לדון שאם אינם דרים יחד עקב סירובה לדור עמו, לא נוצר מצב שהאשה נפגעה מכתוצאה ממעשיו. אך אם הגדר הוא עצם המאיסות, שהיא גרועה מכל אותם שבפרק המדיר,

יש לכפות את הבעל. ועל כן גם אם בתחילה נפרדו עקב מאיסות "רגילה" ולאחר מכן גברה המאיסות והחמירה עקב מעשיו הנלוזים הללו, יש לפסוק כפיית גט, ובנסיבות אלו אין לחוש שמא התביעה לגירושין עלתה מפני שענינה נתנה באחר, ובכך הוסרה טענת ר"ת (כתובות סג: ד"ה אבל) לחלוק על הרמב"ם והרשב"ם שפסקו כפיית גט במאיס עלי. ומהיכי תיתי לומר שיש צורך שמיד בתחילת הסכסוך והפירוד תחל מאיסות עקב עילה זו של רועה זונות.

ונראה להביא ראיה לדברינו ממה שכתב בספר יד אהרן לג"ר אהרן אלפאנדרי ז"ל בסי' קנד הגהות ב"י אות כב (שהזכר לעיל). עיי"ש שהביא את דברי התשב"ץ ח"ב סי' ח' וכתב על דברי הבית יוסף (הנוכרים לעיל שדחה מהלכה את ספר האגודה והגהות אשרי), וז"ל - "ואילו היה רואה רבינו המחבר ז"ל דברי הרשב"ץ ז"ל אלו, אפשר שלא היה כותב שאין לסמוך על דברי ספר האגודה כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים", ולעיל בארנו דבריו שטייע לדינם של מהר"ם מרוטנבורג וספר האגודה מתשובת התשב"ץ ח"ב סי' ח'. למרות שבנידון שבאותה תשובה בתשב"ץ, הבעל לא היה רועה זונות אלא הכה את אשתו וציער אותה מאד. ומבוארת דעת יד אהרן, שהסברא העומדת ביסוד דינו של מהר"ם מרוטנבורג וספר האגודה, היא מפני שברועה זונות קיימת מאיסות גדולה וקשה, הנובעת בעטיו של הבעל וכתוצאה ממעשיו הרעים, ועל כן יש מקום לכפותו לגרש. ואין זו הלכה נפרדת שאינה קשורה לדין אומרת מאיס עלי, אלא בכה"ג שהבעל נעשה רועה זונות, בפנינו דין אשה האומרת מאיס עלי, אך בה כפיית הגט מוסכמת על כמה מהראשונים ששללו כפיית גט באומרת מאיס עלי.

ועיין בקובץ "דברי משפט" ח"ב עמ' קמג במש"כ הג"ר אברהם אטלס ז"ל אב"ד חיפה, כעין האמור, ובתוך דבריו כתב "גם היום מקובל בחברה כי בעל החי עם אשה אחרת על פני אשת נעוריו הוא נקרא בוגד באשתו, שכן התנהגות כזו היא התנהגות הפוגעת באשה והבריות מגנות התנהגות כזו. ולכן אין אשה מוכנה לחיות עם בעל כזה, ויש כאן "אנן סהדי" שאשה לא סובלת בעל כזה.

בנוסף נציין כי לפי הטעם הנוסף לדינו של האגודה שכתב ערוה"ש הנוכר לעיל, הרי שלעניין חשש הסכנה, אין נ"מ אם קודם לכן היא כבר מרדה בו. לעיל הזכרנו מתשובת מחנה חיים, וכעת נבאר את דבריו.

באותה תשובה, הנידון היה שחצי שנה לאחר החתונה התברר לאשה שלבעלה קשר עם אשה נכריה, עוד קודם לנישואין, קשר שהתקיים גם לאחר הנישואין, וכי יש לו ממנה שני ילדים, והבעל אינו מנתק את הקשר עמה. עקב כך אשתו עזבה את ביתה והלכה לבית אביה ואינה מסכימה לחזור לבעלה. כפי הנראה מהשאלה, הבעל מבקש שהיא תשוב לביתו, ובלא כן אינו מסכים לדון על מתן הגט, והיא מסרבת לשוב.

– "שם היא מורדת ולא רצתה לחיות עמו כלל גם לפני כל זה. אבל בנ"ד שמלכתחילה טענה עליו דברים אלו, ואמרה שמשום זה גופו אינה יכולה לחיות עמו ולא להשלים עמו וחזרה על זה כמעט בכל דיון ודיון, בודאי שגם הם יודו שאומרים בזה הוכיח סופו על תחילתו, וכמ"ש בפס"ד של ביה"ד הגדול הנזכר. תדע שגם בבי"ד דירושלים הנזכר כתבו הטעם שלא דנוהו כרוע"ז משום דהיא מורדת והוא פטור ממוזנותיה ואזל ליה הטעם שכתב האגודה דסופו לאבד ממונו ולא יהיה לו במה לפרנסה וכמו שאמר הכתוב רועה זונות יאבד הון וגם הטעם שעי"ז מונע ממנה עונתה לא שייך בזה שהיא מורדת, וע"ש שהאריכו עוד בזה. ומינה תדע שגם הם מודים בנדוננו דלא מרדה בו רק מאסה בו מחמת מעשיו ומראש ומעיקרא טענה טענות אלו, דבודאי דיש מקום לדון בזה משום רוע"ז".

האם יש למנוע כפיה על פי דרכו של הש"ך בספר גבורות אנשים

בפד"ר חלק ח' עמ' 128 כתבו - "ועיין בערוך השולחן בסי' הנ"ל שהוסיף הסבר בזה דאע"ג דעל שאר עבירות כשאין נוגע לה אין כופין אותו לגרש, מ"מ ברועה זונות נוגע לה לעונתה, דרועה זונות ממאס בהיתר, ומים גנובים לו ימתקו, ובודאי שמאוס עליה ואפשר שגם יש סכנה בדבר, ולא מיבעי לדעת הרמב"ם דבמאיס עלי כופין להוציא, אלא אפילו להחולקים במאיס עלי, ככה"ג מודים. והרי בש"ס מבואר דבמורד מתשמיש כופין וכ"ש ברועה זונות דגרוע יותר. והנה גם במורד מתשמיש, כתב הש"ך דאין כופין להוציא אם לא דבאה מחמת טענה דחוטרא לידא וכו', ואפילו במונע ממנה כל עניני אישות אין כופין בשוטים על הגט, וכתב דיש להחמיר לענין מעשה, ולכן אם קידש אשה שאסורה לו ולאחרים, בענין שצריך להוציא בגט, אין כופין אותו בשוטים, ולא כרמ"א שם סעיף ז'. ולפ"ד הש"ך גם ברועה זונות אין כופין, עכ"ל".

יצויין כי מעיון בדברי הש"ך בספרו גבורות אנשים עולה שגם לפי דרכו מדינא לא בעינן שתטען טענת חוטרא לידא וכו' אלא שהורה למעשה לחוש לשיטה זו, ועי"ש בפד"ר חלק ח' שהעלו שם שלא לחוש למעשה להחמיר כדעת הש"ך. ועי"ש בפד"ר ח"ה עמ' 156, ועי"ש להלן סוף סי' צג.

ובפד"ר חלק ד' עמוד 166 כתבו בפס"ד מביה"ד הגדול בהרכב הגר"ע הדאיה ז"ל הגר"ב זילטי ז"ל והגר"ש אלישיב שליט"א - "באחרונים אנו מוצאים שחששו לאחוז באמצעי כפיה גם אם לפי הדין יש לכופו, עיין גב"א סי' מ"ה ... במונע ממנה כל עניני אישות דנראה עיקר לדינא דכופין להוציא אפילו אינה באה מחמת טענה וכמ"ש, מ"מ למעשה יש לחוש לסברת האומרים שאין לכופו דלא להוי גט מעושה ובניה ממזרים.

וצ"ל דבר זה ניתן לשעורים ויש לשקול את הענין לפי מסיבותיו, ובאופן שקיימים סיכויים שבהמשך הזמן עוד

וכמו שהתבאר לעיל, הרי שאין חילוק באיזה זמן האשה עזבה את הבית.

אך הגדרת הלכה זו כפי שעולה מתשובת ריב"א אינה נראית. מאחר שאם כדבריו, היה מוטל על הרמ"א שפסק דין זה בשו"ע, להורות שיש לבחון בכל מקרה לגופו, האם הבעל מחסיר ממוזנות אשתו ומעונתה. ומאחר שהלכה זו נפסקה בסתמא, מבואר שהיה פשוט להרמ"א שאין צורך לבחון כל מקרה לגופו, כפי שבחן בתשובת ריב"א, אלא כפסק תשובת מחנה חיים.

ומה שכתב בספר האגודה, היינו לתת טעם למאיסות, מפני שמעשים אלו בעצם טיבן פוגעים במוזנותיה ובעונתה וגורמים לאיבוד ממון. אך אין בדברי האגודה הוראה לבחון האם אמנם באותו מקרה, האשה נפגעה במוזנות ועונה ובאיבוד ממון.

מלבד זאת, אמנם יש לדון בסברא שכתבו בפד"ר ח"א (שם) במקרה שבו האשה יזמה פירוד מבעלה, והבעל אינו אשם בפירוד. אך במקרה כגון נידון דנן שהבעל הכה את אשתו ונהג באלומות קשה. אמנם באותו מועד בני הזוג לא היו בבית הדין ולא היתה התראה, ועקב כך אין זו עילה לחיוב הגט, וכפסק הרמ"א סי' קנד ס"ג, אך עכ"פ לא ניתן לומר שהיא אשמה בפירוד, אלא דינו כמי שהוציא את אשתו מביתו. ובנסיבות הנוכחיות דינו כמי שהוציא את אשתו מהבית והכניס אשה אחרת, שודאי אליבא דספר האגודה יש לכופו בגירושין.

ובעיקר הדין שכתבו שלא לדון את דינו של ספר האגודה כשקשר קשר עם אשה זרה לאחר שאשתו עזבה אותו, עיין בפד"ר ח"ב (עמ' 25-30) בפסק דין של בית הדין הגדול שפסקו לחייב גט בנסיבות אלו. הראשול"צ הג"ר מרדכי אליהו שליט"א (בהיותו חבר ביה"ד הגדול בעת מתן פסק הדין) כתב - "הוכח מעל לכל ספק שהבעל ... הביא נשים לביתו ... ברור הוא, שסבלה גדול כשהיא רואה אלוף נעוריה הולך לרעות בשדות זרים ובצדק מתקנא בירך חברתה ... ואפילו אם התברר שרק לאחר שהיא עזבה אותו עשה מעשים כאלו, אשר אין להם שום הצדקה הלכתית, מוסרית וחברתית, אין הבעל יכול להעמיד פני מסכן בטענה שאין לו אשה ועל כן עשה מה שעשה. אם ההלכה אוסרת דרכים נלחות כאלו, טבעי הוא שגם בני אדם יראו בה דרך רעה ההופכת את העושה לבוגד ... הרי האשה טוענת שעשה מעשים אשר לא יעשון עוד כשחיו יחד, ועל כן נאלצה ללכת ולעזוב את הבית שגרו בו מתוך הסבל שלה ... הרי אפילו אם עשה מעשים כאלה אחר הפירוד אין אפשרות לחייב את האשה להשלים ולחיות עם בעל כזה שהמאיס את עצמו על ידי מעשיו".

הראשול"צ הרב הראשי הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א בספרו שמע שלמה ח"ג חלק אה"ע סי' יט, הביא את פסק הדין בפד"ר ח"א ובפד"ר ח"ב הנזכרים, וכתב שאין סתירה בין פסקי דין אלו. ביחס לפסק הדין בפד"ר ח"א כתב

וע"ע בחזו"א חלק אה"ע סי' קח ס"ק יא (ד"ה כתובות ס"ד), שתמה על דברי הרמ"א סי' קסה שכתב לכפות יבם שאינו רוצה לחלוץ ולא ליבם א"כ באה מחמת טענה, וע"ע פד"ר כרך יג עמ' 268-271 ובספר לב אריה סי' כג.

בנוסף נציין, כי בדברי הש"ך אין התייחסות מפורשת לדינו של האגודה, ויתכן שגרע ממונע ממנה ענייני אישות ומזונות, עקב המאיסות שבו ובצירוף הסכנה שבדבר, ובלא גילוי מפורש בדעת הש"ך במקרה כזה, מנלן לעגנה לחוש שלא לכפות בהעדר טענת חוטא לידא וכו', דבר שלא הוזכר בספר האגודה ובשאר הפוסקים הנזכרים לעיל שפסקו כשיטה זו להלכה.

מסקנה – בצירוף כל האמור, פסקנו לחייב את הבעל בגירושין ואף לכפותו לתת גט, לרבות באמצעות מאסר. מיד לאחר שניתן פסק הדין, הבעל נתן גט כמתחייב.

ישובו וישלימו אהדדי, בגוונא דא כשר הדבר וראוי להחמיר ולחוש לדעת אלה הסוברים שאין כופין. אבל במקום עיגון גדול כשאין האשה מסוגלת לשוב ולחיות אתו, ובפרט כעובדה דנן שעברו כבר שמונה שנים שהאשה יושבת בעיגונה, הרי במקרה נראה כי יש לפסוק כפי ההלכה, ויקוב הדין את ההר", **עכ"ל בפסק הדין**.

ועיין בב"י סי' עז בסוף הסי' (ד"ה אפילו נדה) שהביא מדברי רבינו ירוחם נתיב כג חלק ח' שדוקא בארוסה שעדיין לא השתעבד לה בנישואין, צריכה לבוא מחמת טענה, אבל באשת איש שבעלה כבר משועבד לה, אינה צריכה לטענה אם הוא מורד בה. ונראה שמטעם זה הורה רבינו ירוחם (שם) בשם רבו הר"א, בבני זוג שאינם רוצים זה בזה, לכפות את הבעל, ולא הזכיר דבר שכפיית הגט מותנית שהאשה תבא מחמת טענה.

סימן צא

האם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאים לגירושין (בירור שיטת מהרשד"ם)

מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא כתב - "היבם רצונו לחלוץ, אלא שכונתו שלא תנשא יבמתו זאת לדודה נשוי לדודתו, שא"כ אי אפשר לכופו לחלוץ בשום צד. ואמרתי אני בלבי שאין ספק, שאפילו שאותם שאמרו חכמים במשנה בפרק המדיר ואלו שכופין מוכה שחין כו', שלא אמרו שכופין אותו לגרש אלא אם אינו רוצה לגרש כלל. אבל אם ירצה לגרש אלא שרוצה להטיל אי זה תנאי בגט, בזה ודאי לא אמרו שכופין לגרש בלא תנאי, ומי שיכוף בדרך זה כמעט הייתי אומר שחזר ונפל במכשול הכפיה. אלא שעד עתה לא מצאתי מקום להתלות. ובחפשי בדין התנאי, מצאתי בב"י אבן העזר סי' קמ"ג לשון אחד נראה לי להעתיקו, הנה כי נראה לע"ד מסכים לדברי, ולא לבד אני אומר שמה שאמרתי הוא על צד היותר טוב אלא שהוא דין או קרוב לדין כמו שאבאר בס"ד. וז"ל מצאתי בס"ה דינים שכתב בסוף ספר חוזה התנופה אעפ"י שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם שישתדל בגט שיתן בתנאי כזה, כי אין ספק שלא יתקיים התנאי הוזה שאי אפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים למפרע. אם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה, אין שומעין לו וכופין לגרש בלא תנאי זה עכ"ל. ראיתי וישמח לבי שהרי כל מעיין יראה שקל להבין מתוך זה הלשון שנתבררה כוונתו, שהנה כתב שני פעמים מלת זה, והיה ראוי שיאמר רק, בתנאי ותו לא. אלא ודאי דוקא תנאי זה שכמעט נמנע להתקיים, הוא דקאמר שכופין לגרש בלא זה, הא תנאי אחר שנקל לקיים אין ספק שהכופה לגרש בלא תנאי מרבה ממזרים, לדידן דקי"ל דאין כופין אפילו במאסר עלי. וה"ה והוא הטעם לדידן דקי"ל דאין כופין לחלוץ, דלא

הנושא הנידון

בית הדין נזקק לעיתים לברר את שאלת זכותו של הבעל להציב תנאים לגירושין. אמנם בעל שאינו חייב להתגרש ומסכים לחזרה לשלום בית בתנאים שיקבעו על ידי בית הדין, רשאי להתנות את הסכמתו להתגרש, בתנאי כזה או אחר. אבל לאחר שבית הדין פסק שהבעל חייב לתת גט, בהסתמך על אחת העילות הידועות בהלכה לחיוב גירושין, האם הבעל רשאי לדרוש לעכב את הגירושין ולהציב תנאים למתן הגט, שלאחר שתנאים אלו יתמלאו יתן את הגט מרצונו.

היה מקום לומר, מאחר שהבעל חוייב בגירושין, אינו רשאי להתחמק ממילוי חובה זו ולעכב את מתן הגט עד לקיומו של תנאי כזה או אחר, (וכן יהיה הדין להיפך ביחס לאשה המחוייבת בגירושין).

אלא שדעת מהרשד"ם אינה כן.

שיטת מהרשד"ם

נקדים את דברי הבית יוסף אה"ע סי' קמג שכתב - "מצאתי בס"ה דינים שכתבם בסוף ספר חוזה התנופה, אע"פ שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם להשתדל בגט שינתן בתנאי כזה, כי אין ספק שלא יתקיים התנאי הוזה, שאי אפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה, ונמצא הגט בטל ובניה ממזרים למפרע. ואם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה, אין שומעין לו, וכופין לגרש בלא תנאי זה עכ"ל".

דברים אלו עומדים ביסוד שיטת מהרשד"ם.

כו' משמע דהא אי רצה לגרש בתנאי כשר, אין כופין לגרש בלא תנאי, ... ונ"ל דלא שבקינן מאי דקאמר הרשב"א בהדיא, משום דיוקא. דאפשר דלרווחא דמילתא קאמר, אי נמי כך היה המעשה שהשיב עליו, ולא תידוק מידי."

ב. דינו של מהרשד"ם טעון בירור. מהרשד"ם כתב תשובתו בדינו של יבם שהציב תנאי להסכמתו לחליצה. על פי ההלכה, היבמה אינה מחוייבת למלא תנאי זה. ויש לתמוה, מאחר שהיבם מחוייב בחליצה, כיצד יתכן לאפשר ליבם להתחמק מלבצע את המוטל עליו, ולקשור את מילוי חיובו בדבר שהיבמה אינה מחוייבת בו.

וכן ביחס לבעל המחוייב בגירושין, הסברא נותנת, שבעקבות פסק הדין לחיוב הגט יש להורות לבעל שעליו לבצע את החיוב המוטל עליו בלא לתלות זאת בתנאי כלשהוא, ואינו יכול לתלות ולהתנות מילוי חובתו בכך שהאשה תמלא תנאי שאינה חייבת בו.

יתירה מזו, בפד"ר ח"ה עמ' 79 בפס"ד מביה"ד הגדול, הביא הגרי"ש אלישיב שליט"א את דינו של מהרשד"ם, וסבר שמהרשד"ם אמר את סברתו גם ביחס לתנאי שבו הוא דורש מהאשה תשלום תמורת הסכמתו לגירושין או לחליצה, וכתב – "מכיון שבידי הבעל להתנות את נתינת הגט בסכום כסף שהוא רוצה לקבל עבורו ... אין לבעל שום זכות לדרוש כסף עבור נתינת הגט, ומן הדין עליו לפטור אותה בלי כל תשלום, ורק מתוך חומר הכפיה אמרינן שאין בית דין כופין אותו אם בידי האשה לקיים תנאו". ועיי"ש שהביא מגמ' ביבמות קו. שבמקרה של חיוב חליצה (וה"ה חיוב גט) אם האשה התחייבה לתת את הממון, ולאחר מעשה לא נתנה, תוכל על פי דין לטעון, משטה הייתי כך' ואינה מחוייבת בתשלום. למרות זאת, לא נחייב ולא נכפה את הבעל בגט, אם הוא מודיע על הסכמתו לתת גט תמורת תשלום שהאשה יכולה לשלמו.

לפי זה עולה הלכה חדשה אליבא דשיטת מהרשד"ם, שכל סכום שביד האשה לשלמו, אם הבעל יתבע לקבלו תמורת הגט, הוא יוכל לקבלו, למרות שהאשה אינה מחוייבת בו.

וכעין זה כתב בספר קובץ תשובות (מהגרי"ש אלישיב שליט"א) ח"א סי' קפא (הועתק מספר כפיה בגט בתחילתו), עיי"ש.

ולפי זה באשה עשירה שיש ברשותה ממון רב, הבעל המחוייב בגט ובכתובה, יוכל להפטר מתשלום הכתובה ואפילו לקבל סכום נוסף, כל עוד יתברר שביד האשה לשלמו.

אך עיי"ש בפסק הדין (בפד"ר ח"ה) שציין לתשובת האור גדול ממנה עולה שאין תועלת במה שהתנה לקבל סכום כסף תמורת מתן הגט, מאחר ובאלו שהדין נותן שיש לכפותם בגירושין, לאחר מתן הגט האשה רשאית להוציא ממנו את הסכום שנאלצה לשלם בטרם ניתן הגט. וזה ודאי אינו מתיישב עם שיטת מהרשד"ם אליבא דביאור הגרי"ש

כפינן ליה אם ירצה לחלוץ כאשר יהיה בטוח שלא תנשא יבמתו זאת לאותו פלוני. וא"כ הנראה לע"ד שאין ראוי לכופו אפילו להתרחק ממנו כנ"ל, אם ירצה לחלוץ ע"ד הנזכרת. בוחן לבות וכליות יודע כי דברים אלו אצלי כנתינתן מסיני, אין בהם נפתל ועקש כפי מה שהשיגה ידי בראשונה ובאחרונה, עכ"ל מהרשד"ם.

דברי מהרשד"ם הובאו בקצרה בספר כנה"ג סי' קנד הגה"ט סק"א ובבאר היטב סי' קנד סק"א. יש מקום לברר את שיטת מהרשד"ם -

א. המהרשד"ם לא הביא לדין זה מקור מפורש בש"ס או פוסקים, אלא כתב לייסד את חידושו על מש"כ בספר חוזה התנופה. כידוע תשובות חוזה התנופה נכתבו על ידי רבי משה די ברושליש, תלמיד הרא"ש, והן קיצור של תשובות נבחרות מאת רבו הרא"ש. התשובה הנזכרת היא מדברי הרא"ש בתשובה כלל מג סי' יב, ולהלן לשונו - "מה שכתבתי לך בתנאי שלא תלכי לבית אביך, תדקדק בדברי ותמצא שלא כתבתי לך שאם התיר התנאי הזה בדיעבד שלא יהא התנאי קיים, אלא פשיטא שהגט כשר והתנאי קיים. אך כתבתי שאין שום אדם רשאי להשתדל בגט שיותן בתנאי זה, כי ודאי יבא לבטל תנאי זה, ונמצא גט בטל ובניה למפרע ממזרים. אבל אם נעשה בדיעבד, הגט כשר והתנאי קיים. אבל לכתחילה, אם הוא מאותם שכופין אותו להוציא, כופין אותו שיגרש ולא יטיל תנאי זה בגט".

לכאורה, ממקור הדין בתשובת הרא"ש, לא היה מקום לדייק את דינו של מהרשד"ם. מהרשד"ם כתב - "מתוך זה הלשון נתבררה כוונתו, שהנה כתב שני פעמים מלת, 'זה' והיה ראוי שיאמר רק, בתנאי ותו לא", הדברים לא היו נאמרים על דברי הרא"ש במקורן כמובא לעיל שלא כתב פעמיים מלת, 'זה'. ומה שהרא"ש כתב כן פעם אחת - "כופין אותו שיגרש ולא יטיל תנאי זה בגט", היינו מפני שהרא"ש השיב על מקרה מסויים שבו הבעל בקש להטיל תנאי - "שלא תלכי לבית אביך".

אמנם מהדברים כפי שהם בספר חוזה התנופה, היה נראה שכתב דבריו כהוראת הלכה, וכמו שהבית יוסף סי' קמג נקט בלשונו "מצאתי בס"ה דינים שכתבם בסוף ספר חוזה התנופה", והיה מקום לדייק כן מדבריו. אך ביחס לדברי הרא"ש שהשיב ביחס למקרה המסויים המפורט שם, אין הכרח לדייק ממה שכתב את המלה "זה", פעם אחת (בלבד), ולא פעמיים כפי שבחזה התנופה). ועיין להלן שהוכחנו מתשובה אחרת של הרא"ש דלא כמהרשד"ם, ולכן קשה להניח שתלמידו של הרא"ש שכל דבריו מיוסדים על תשובות רבו, יכתוב להיפך מהרא"ש.

ומצאתי שכעין דברים אלו כתב בקצרה בספר ערך לחם למהריק"ש. בספר ערך לחם אה"ע סי' קנד דחה את דינו של מהרשד"ם, וציין למש"כ בערך לחם סי' קמג שהביא את דינו של הרשב"א בתשובה (שיובא להלן), ובסי' קמג כתב מהריק"ש ביחס לדברי חוזה התנופה בלשון זו - "בתנאי זה

שאינו שלו. מה החילוק בין פגיעה בזכותה של האשה לדמי הכתובה, שהוא ממון שעדיין אינו ברשותה, אלא התחייבות בשטר הכתובה שעדיין לא הגיע זמנו לפירעון, ובין פגיעה בזכותה, שהיא זכותו של כל אדם, שלא יוציאו ממנו ממון שברשותו ללא כל הצדקה.

על כן מסתבר, שכל תנאי הכרוך בהוצאת ממון, אינו בכלל דברי מהרשד"ם. גם אם בידה לקיים תנאי זה, והדבר "נקל לקיימו", עכ"פ בעל המחוייב בגט אינו רשאי לדרוש תשלום תמורת סידור הגט, וכל אילוץ האשה להוציא ממון שלה, הוא מעשה שלא כדין. שהרי מהאי טעמא תוכל לטעון משטה הייתי כך, אם עדיין לא נתנה את אותו ממון קודם הגירושו, ובתנאי כזה לא אמר מהרשד"ם את דבריו. אלא מהרשד"ם חילק בין תנאי שלא תנשא לפלוני שהוא נקל לקיימו, לעומת התנאי שלא תלך לבית אביה לעולם, שקשה לקיימו.

להלן נציין לכמה מהפוסקים האחרונים שדנו בתשובותיהם בדינו של מהרשד"ם, ובכולם אין מדובר במקרה שהבעל מבקש להוציא מאשתו ממון השייך לה. מהרש"ם חלק ה' סי' ס' השיב ביחס לתנאי שהבעל התנה שהאשה תחזיר את החפצים שלו לאביו, (בתחילת התשובה נכתב "החפצים שלה", אך בהמשך התשובה נכתב "החפצים שלה", ומש"כ בתחילה "החפצים שלה", נראה כוונתו לחפציו שהיו אצלה ברשותה, או שזו ט"ס, כפי שעולה מכל המשך הדברים שהנידון הוא בחפצים של הבעל).

וכן הגרי"א מקאוונא ז"ל בשו"ת עין יצחק השני סי' מ', השיב על תנאי שהבעל הטיל על אשתו שתטלטל את עצמה ממקום מולדתה ומבית אביה ותעבור לגור במקום אחר. וכן בספר משחא דרבנות אה"ע סי' קלז דן בשיטת מהרשד"ם במקרה שהבעל מבקש להתנות את הגירושו בקבלת הבן אליו לחזקתו.

עכ"פ לא מצאנו אף באחד מהפוסקים שדנו בדינו של מהרשד"ם וסברו שמהרשד"ם איירי אף בתנאי של הוצאת ממון מהאשה שלא כדין. עכ"פ צ"ע מש"כ בפסק הדין בפד"ר חלק ה' הנזכר.

לכן נראה, מאחר שלפי המבואר להלן, רבו החולקים על מהרשד"ם, אף אם נחוש לסברת מהרשד"ם, היינו במקרה שמהרשד"ם מחמיר להדיא, אך לא במקום שמסתבר מאד שמהרשד"ם לא אמר את דינו, כגון כשהבעל מבקש להוציא מהאשה ממון שלה.

ג. בעיקר דינו של מהרשד"ם, יש מקום לבאר מדוע נחלק בין חיוב גירושו לחיוב ממון ששנינו במסכת כתובות דף קי. "שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה ... וחכ"א זה גובה זה גובה", ופרש רש"י - "אפילו החוב שוה, אין אומרים יעבב זה מלוה של חבירו בשביל מלוה שהלוהו, אלא בית דין יורדין לנכסי כל אחד ומגבין לשכנגדו את חובו", עיי"ש בסוגיא, וטור שו"ע חו"מ סי' פה שאם אין סברת "אפוכי מטרתא למה לי", דינם - זה גובה זה גובה.

אלישיב שליט"א שהבעל רשאי להעלות תנאי שיש בו הוצאת ממון מהאשה.

אמנם יש שדנו אליבא דשיטת מהרשד"ם, שאינו יכול להציג תביעה שיהא בה כדי לפגוע בזכותה לתשלום הכתובה, עיין בספר "כפייה בגט" עמ' עה, וכן כתב הג"ר חגי איזירר שליט"א בפס"ד מביה"ד הגדול שניתן ביום כ"ב שבט תשס"ה. אך צ"ע, מנלן לחלק חילוקים אלו בדעת מהרשד"ם. מה שהביא בספר "כפייה בגט" להוכיח מדברי התוספות במסכת כתובות דף עז. ד"ה סבורה, דבריו צ"ע. שיטת התוספות תוכל להתפרש באחת משתי הדרכים. ראשית, ניתן לומר שדברי התוספות אינם מתיישבים עם שיטת מהרשד"ם, וכמ"ש הגר"ז גולדברג שליט"א בפס"ד מביה"ד הגדול שניתן ביום י"ח סיון תשס"ב, וז"ל - "ולענ"ד, עצם דברי המהרשד"ם, יש להביא מתוס' כתובות שחולק על דבריו ... ובתוס' שם ד"ה סבורה הייתי שאני יכולה לקבל קצת תימא דאם כן כל אשה תערים ותשאנו כדי שיתן לה כתובה ... עכ"ל. ועתה אם איתא להמהרשד"ם, לא קשה קושית התוס' שיגרשנה על מנת שתמחול לו הכתובה, וא"כ לעולם יפסיד לה כתובה, ועוד יותר יגרשנה על מנת שהיא תתן לו כתובה, אלא ע"כ שתוס' לא ס"ל כמהרשד"ם".

שנית, קשה מאד לבאר כאמור לעיל, ולטעון שנעלמו ממהרשד"ם דברי התוספות, או לטעון שמהרשד"ם ראה את דברי התוספות ופסק הלכה למעשה בניגוד לדברי התוספות בלא שהזכירם כלל.

אלא מסתבר שמהרשד"ם לא ראה קושיא על דבריו מכח דברי התוספות, מאחר שהיה פשוט למהרשד"ם שסברתו אינה מתייחסת לתנאי ממון, וכי אף לשיטתו הבעל המחוייב בגירושו אינו רשאי לעכב מתן הגט ולהתנות את הגירושו בקבלת ממון מהאשה, שאינה חייבת לו. או לתבוע מחילת חוב שהוא חייב לה, כל חוב שיהיה. וכיון שכן, ה"ה שאינו רשאי לתבוע מחילה על הכתובה, שיש בכך שלילת זכות ממון מהאשה.

הנידון בתשובת מהרשד"ם הוא כשהיבם מציב תנאי לחליצה, שהחלוצה לא תנשא לפלוני. תנאי שאינו שולל מהאשה רכוש או זכות ממון המוקנית לה אלא מניעת האפשרות בעתיד להנשא לפלוני. אין הכרח שמהרשד"ם יאמר את דינו גם בתנאי שבו הוא מבקש להוציא מידה ממון שלה. עיקר דינו של מהרשד"ם הוא חידוש, שאינו מפורש בראשונים או בפוסקים שקדמו לו, ואין לך בדבריו אלא חידוש, ומניין לנו להרחיב את החידוש לתנאים מרחיקי לכת יותר.

ואמנם מסתבר לומר כן, שאם לא כן, באותם מקרים בהם פוסקים "יוציא ויתן כתובה", הבעל יוכל לבטל חיוב הכתובה במחי יד, כשיציב תנאי להסכמתו לתת גט שיקבל סכום ממון השווה לסכום הכתובה. ומאחר שלא שמענו מעולם הלכה כזו, הרי בהכרח שיש לומר כדברינו.

ואם הדבר פשוט גם אליבא דשיטת מהרשד"ם שאינו רשאי להתנות ויתור על הכתובה, מדוע יוכל לתבוע ממון

יבמות דף ד. ד"ה שאין חוסמין, ובדעת יש מפרשים שהביא בחי' הרמב"ן (ד"ה ודאמרין), שבארו שהיבמה רשאית לטעון טענת משטה אני בך, רק במקום שעל פי הדין היה חיוב על היבם לחלוץ, (ושלא כדעת ראשונים אחרים שבארו שיבם שאינו הגון אינו מחוייב בחליצה כל עוד אינו מאותן שכופין לגרש או לחלוץ, וטענת משטה אני בך, האמורה שם בסוגיא ביבם שאינו הגון, יסודה בקציצה שהיתה מתוך אונס ודחק של האשה).

עכ"פ אליבא דשיטת רש"י ודעת י"א ברמב"ן, מוכח שגם בנסיבות שהיו באותו מקרה, שהיבם היה מחוייב בחליצה, אלא שהסכים לחלוץ אם יתנו לו מאתיים זוז, אין אנו אומרים שעקב כך בטל חיוב החליצה, והיבם יחשב כמי שאינו מחוייב בחליצה. שאילו היה נחשב כן, לא היה מקום לטענת משטה אני בך לאחר החליצה. (ומשאר הראשונים אין ראייה להיפך. מפני שאותם ראשונים חלקו וקבעו שלא היה חיוב חליצה, ולא חלקו על טענת משטה אילו היה חיוב).

על כן גם אם בית הדין סבור שיש לפסוק הלכה למעשה כמהרש"ם, לא יתכן לפסוק שהיבם או הבעל אינו מחוייב בחליצה או בגט, (וכמ"ש בפס"ד בית הדין האזורי בת"א שיובא להלן). מאחר שהחיוב שריר וקיים, אלא שבית הדין לא ינקוט אמצעי כפיה להוציא לפועל חיוב זה, כשקיימת אפשרות אחרת להשיג את אותה תוצאה של הגירושין, באמצעות תנאי שנקל לקיימו.

על כן נראה, שגם אליבא דשיטת מהרש"ם, נכון לכתוב בפסק הדין שקיים על הבעל חיוב לתת גט, ואם אינו נותן גט יחשב כמי שאינו מצייט לפסק הדין, אלא שביה"ד אינו נוקט כנגדו באמצעי כפייה, מפני חומר העניין של כפיית גט. (ואמנם דינו כעברייני עם כל הנ"מ מכך, כגון שלא יהיה ראוי להיות ש"ץ וכדומה. אך לא נקרא לו עברייני, ככל שיש בקריאה זו משום כפיה במילין).

החולקים על שיטת מהרש"ם

הרשב"א בתשובה חלק ד' סי' רנו כתב - "אלא לעולם, כל שהוא חיוב להוציאה, אינו רשאי להתנות עליה שלא תינשא לכל מי שתרצה, וכל מי שגרש כן, כופין אותו שיחזור ויגרש בגט גמור, בלא תנאי. ואפילו במי שגרש מדעתו בתנאי כן, כופין אותו לגרש בגט גמור".

תשובה זו הובאה בב"י בבדק הבית סי' קמג, במשנה למלך פ"ח מגירושין הי"א, בספר ערך לחם למהריק"ש סי' קמג ובשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' ו'.

הרשב"א פסק בניגוד לסברת מהרש"ם, ואף התייחס לאותו תנאי הנוכח בתשובת מהרש"ם, שלא תנשא לפלוני. וכן מהרש"ם (ח"ה סי' ס') כתב על דינו של מהרש"ם - "ממ"ש בבדק הבית שם בשם רשב"א, דהיכי דכופין להוציא אין לו להתנות שלא תנשא לפלוני, מוכח דבכל גווני אין בידו להתנות", עכ"ל. מבואר מדברי מהרש"ם שאין מקום

לכאורה היה מקום לומר שדינו של מהרש"ם נובע מפני חומר הכפיה על הגירושין. ובפד"ר חלק ה' עמוד 80 כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בסברת מהרש"ם - "רק מתוך חומר הכפיה אמרינן שאין בית הדין כופין אותו אם בידי האשה לקיים תנאו", עכ"ל. אך קשה לומר כן, מאחר שמהרש"ם בתשובתו כתב אודות תנאי שנקל לקיימו, כשם שאין כופין, כמו כן לא ננהג עמו בהרחקות דר"ת. ח"ל - "דלא כפינן ליה אם ירצה לחלוץ כאשר יהיה בטוח שלא תנשא יבמתו זאת לאותו פלוני. וא"כ הנראה לע"ד שאין ראוי לכופו אפילו להתרחק ממנו כנו"ל, אם ירצה לחלוץ על דרך הנזכרת".

מבואר, שלמרות שבתחילת אותה תשובה כתב שיש מקרים בהם לא נכפה לחלוץ אלא רק יפסקו הרחקה דר"ת. הרי שבסיום התשובה, לאחר שמהרש"ם כתב את חידושו הנוכח, לא הסכים לנהוג בהרחקות דר"ת כשהיבם מסכים לחלוץ בתנאי.

הרי שדינו של מהרש"ם נאמר אף ביחס לאמצעי שאינו חומר ככפיה גמורה, ואינו כפיה בגופו של הבעל או היבם, אלא הוראה לציבור לנהוג עמו בריחוק, עיין לעיל סי' פ' - פג ביאור הלכה זו שההרחקות אינן ככפיה.

יתכן למצוא יסוד לסברת מהרש"ם בחי' הרשב"א והריטב"א עמ"ס יבמות דף קו. בסוגית "בר חמוה דרב פפא" כו' שהקשו מדוע לא הטעוהו לחלוץ חליצה פסולה שיאמרו לו חלוץ על מנת לכונסה, ואחר כך היו יכולים לכפותו כפיה גמורה, כמבואר שם בסוגיא. ותירץ הרשב"א בתירוץ השלישי "אי נמי, כיון דאפשר ליה בלא כפיה, לא בעי לאתויי נפשיה לידי כך". וכן בריטב"א בת"י השני כתב - "ועוד דכל היכא שאפשר בלא כפיה עדיף טפ"י". לפי דרכם עולה, שבכל מקרה שבו ניתן למצוא פתרון אחר להביא לידי כך שבסופו של דבר יחלוץ בלא כפיה, מוטב להשתדל בכך. מלשון הראשונים עולה שאם היו כופין אותו בדרך זו היה מועיל, אך מוטב להמנע מכך.

לפי דרך זו, היינו דוקא בכה"ג שמניעת הכפיה אינה גורמת לאשה או לאחרים הפסד, ונקל לקיימו. אך לא כשהדבר כרוך בקושי רב או בתשלום ממון לבעל או ליבם וכיוצ"ב.

מלבד זאת הסברא הנזכרת נאמרה רק בתירוץ אחד משלשת התירוצים שכתבו הרשב"א והריטב"א. לפי שאר שני התירוצים, אדרבא מוכח להיפך, וגם אם קיימת דרך להטעותו ולהביא לחליצה פסולה ולכפיית החליצה לאחר מכן, אין מניעה לעשות כן, ואין צורך למצוא דרך אחרת שאינה כרוכה בכפיית החליצה.

ומ"מ אין הדבר ברור לבאר שיטת מהרש"ם עפ"י התי' הנ"ל ברשב"א ובריטב"א, מאחר ומבואר במהרש"ם שהכופה לגרש בלא תנאי הבנים ממזרים, ומשמע שנקט סברתו לדין גמור.

ד. עיי"ש בסוגיא ביבמות דף קו. ברש"י ד"ה אמר ליה "ובביאור הגר"א יו"ד סי' שלו ס"ק יא הביאו) וכן ברש"י

וא"כ כדי שלא תשוב אליו עוד אין מניחין אותם לעשות שום תנאי, רק גט כריתות לאלתר, דא"כ מה כח ב"ד יפה ומה הועילו חכמים בתקנתן".

גם בספר משחא דרבנות אה"ע סי' קלו, הביא דברי הרשב"ש הללו, ופסק כן בבעל רע מעללים שהיה מצער את אשתו צער רב שהניחה ברעב, ועזב את ביתו בלא מזונות למשך חודשיים וכשחזר לביתו כעס עליה והכה אותה, ועל כן פסקו לכפותו לגרשה, כפיה בשו"טין, על פי תשובת הרשב"ץ ח"ב סי' ח'. וכתב שם - "ודאי בלי ספק שכופין אותו בשוטים לגרשה בלא שום תנאי כמ"ש מרן שכתבתי בסמוך", והביא מדברי הרשב"ש הנזכרים. באותו נידון הבעל בקש להתנות את הגירושין בקבלת הבן לחזקתו, וכתב בספר משחא דרבנות דלא מיבעיא עד גיל שש שמקומו אצל אמו, הבעל אינו יכול להתנות כן, אלא אף בבן גדול מגיל שש, מאחר שיתכן שהבן יסרב לעבור לאביו, אמנם עקב סירובו זה של הבן, האב לא יחוייב לזונו, אך למעשה לא יעבירוהו לאביו בעל כרחו. ולא יתכן להתנות תנאי זה בגט, תנאי העלול להביא לביטול הגט, אם לא יקויים התנאי.

וכן בספר שו"ת נפת צופים (להג"ר מרדכי פתחיה בירדוגו ז"ל) חלק אה"ע סי' קכט, במסקנת דבריו, פסק את דברי הרשב"ש וכתב כדלהלן - "אם הוא מאותם שכופין אותם להוציא, כגון מוכה שחין מפני שהיא ממיקתו או נכפה או שבאה בטענה שאין לו גבורות אנשים, וכיוצא מכל אותם שאמרו חכמים שכופין אותם להוציא, אינו יכול להתנות עליה שום תנאי שלא לרצונה, כי היא תאמר לו הדין יקוב את ההר, חכמים הטילו לכוף אותך על הגירושין, עשה מה שהם אומרים ואין לי לקבל עלי שום תנאי".

ולעיל כבר הבאנו מדברי מהריק"ש בספרו ערך לחם סי' קנד שדחה מהלכה את שיטת מהרשד"ם, וז"ל - "רצה להטיל תנאי בגט אין שומעין לו כלל. ורשד"ם חלק בתנאים סי' מא, ולראשונים ז"ל שומעין, ועיין סי' קמג על דין נר", עכ"ל. וכן הבאנו מדברי מהריק"ש בסי' קמג.

(יציין כי רבי דוד גרשון ז"ל מחכמי מצרים בדור שלאחר מהריק"ש העיד על סמכותו של מהריק"ש, כדלהלן - "כדבריו ... פוסקים בכל ארץ מצרים ובכל גלילותיה, אף במקום שחולק על מרן הב"י, יען כי הוא מאריה דאתרא". אנציקלופדיה לתולדות גדולי ישראל בעריכת מ. מרגליות עמ' 882).

כאמור, מהרשד"ם כתב את דינו ולא הביא מהראשונים או מפוסקים אחרונים החולקים על סברתו. על כן ביחס לתשובת הרשב"א ולתשובות הרשב"ש שלא הוזכרו בדברי מהרשד"ם, יש לומר את כללי פסיקת ההלכה שקבע הרמ"א חו"מ סי' כה סעיף ב' - "כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים, והפוסקים האחרונים חולקים עליהם, כמו שלפעמים הפוסקים חולקים על הגאונים, הולכים אחר האחרונים, דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך. אבל אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו

לומר שהרשב"א אמר דינו רק בתנאי שלא תנשא לפלוני. הרשב"א התייחס לתנאי זה, מפני שהרשב"א השיב על המקרה המוזכר בדברי השואל שהבעל התנה תנאי זה, אך דברי הרשב"א נכונים בכל התנאים, ואין סברא לחלק.

יש להניח שמהרשד"ם לא ראה תשובה זו של הרשב"א. בפני מהרשד"ם לא היה ספר בדק הבית של הבית יוסף שהודפס בשנת שס"ה, 15 שנה לאחר פטירת מהרשד"ם, וכן לא ראה את חלק ד' מתשובות הרשב"א שהודפס למעלה ממאה שנה לאחר פטירתו. וכן הרשב"ש כתב בשתי תשובות להיפך מסברת מהרשד"ם.

בתשובה סי' רח, הרשב"ש הורה - "הכריחוהו לכתוב גט אחר ולא יטיל בו שום תנאי, לפי שמן הדין אפילו לא כתב לה גט הראשון אין לו להתנות עליה, לפי שהוא בעצמו שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא שהוא אומר שקנא לה ונסתרה, אם כן אסורה היא עליו וחייב לגרשה, וכל שחייב לגרשה אינו להתנות עליה אפילו ברצונה, שאם כן מה הועילו חכמים ז"ל בתקנתם, לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין".

ובסי' שפג כתב הרשב"ש - "וכן הנשים שמצוה לגרשן כגון מצא בה ערוה או דבר ערוה, בנשים אלו אפילו שניהם רצו להתנות אין מניחין אותן להתנות לפי שאחר שיגרש לא תשלים התנאי ויתבטלו הגירושין, ומה הועילו חכמים בתקנתן שכפוהו לגרש, ואטרוחי בי דינא תרי זמני לחזור ולכפות לא מטרחינן ... אבל שלא ברצונה אינו מתנה הוא, כגון אותן שכופין להוציא מחמת טענת אשה משום שהדין נותן לגרש, כגון אותם המזכירים בפרק המדיר חולתן שהדין נותן לגרש, למה יתנה עליה יקוב הדין את ההר, ואם אינו רוצה לגרש בלא תנאי, רישיה להוי".

שיטת הרשב"ש הובאה בתשובת חוט המשולש בשו"ת תשב"ץ ח"ד. בחוט המשולש טור א' סי' ו' כתב - "גם מטעם אחר חייב הבעל הנזכר להוציא האשה הנזכרת במה שראינו מכתביו וטענותיו במה שהוא חושדה בדברים אחרים, והוא מאמת את הדברים ולפי דבריו שווייא לנפשי חתיכא דאיסורא. כי דבריו בענין זה לא מראש בסתר. וא"כ לפי דבריו אסורה היא לגבי דידיה וחייב הוא להוציאה. ואחר אשר האיש הזה הוא חייב להוציאה לאשה הזאת מצד הדין מכל הטעמים הנזכר, אינו יכול להתנות עליה בגרושיה בשום תנאי אלא ברצונה. דכיון שהדין נותן לגרש, למה יכריחה להתנות עליה בשום תנאי, יקוב הדין את ההר ויגרש כפי הדין. כ"ש שיש פנים שסבורני לומר אפילו אם תתמצה היא בתנאי לקבל התנאי, בי דינא לא שבקינן ליה למיעבד תנאה, שכ"כ א"ז הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל בתשובה וז"ל וכל שחייב לגרש אין לו להתנות עליה אפילו ברצונה, שא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן לא יקיימו התנאי ויתבטלו הגט עכ"ל ז"ל. ובנד"ד אחד מהטעמים שהזכרנו שהוא מחוייב מצדן לגרש הוא ששווייא אנפשיה חתיכא דאיסורא.

(כלל ד' ס"ס ט') כתב כיו"ב, שמכיון שהשו"ע חובר אחר בדק הבית, והשמיט מ"ש בבד"ה ש"מ דלא ס"ל הכי. ע"ש. אולם באותו דין עצמו כתב מהר"י עייאש במטה יהודה (סי' תסב) שהעיקר כמ"ש בבד"ה, ושאינן ראייה ממה שהשמיטו בשו"ע וכו'. ובספר המעלות לשלמה (דצ"ט ע"א) האריך בזה במיוחד לפקפק ע"ד הגנת ורדים הנ"ל. ע"ש.

מסקנת הדברים –

א. בתשובת הרשב"א ובתשובת הרשב"ש מפורש שלא כדינו המחודש של מהרשד"ם. מהריק"ש שהיה בסמוך לדורו של מהרשד"ם ראה דבריו וחלק עליו, וכן כמה האחרונים כתבו בפירושו שאין לפסוק כסברת המהרשד"ם. וגם להלן נביא דעת פוסקים שאינם סוברים כסברת מהרשד"ם. תשובת הרשב"א הובאה להלכה בבית יוסף, וללא חולק, ונראה דפשיטא לבית יוסף שכן הוא להלכה. אין יסוד לקבוע שדעת הב"י היא כחידושו של מהרשד"ם, בהסתמך על דיוק בלשון השו"ע, העומד בניגוד לדברי הב"י בבדק הבית. ב. מאחר שמהרשד"ם לא הביא מתשובת הרשב"א הרא"ש והרשב"ש, יש לומר שאילו ראה דבריהם לא היה מדייק להיפך מתשובת חוזה התנופה. אלא היה מקבל את הסברה המפורשת בתשובת הרשב"ש, שבאותם מקרים בהם חכמים תיקנו לכופו בגירושין, מדה הועילו חכמים בתקנתן אם יהא בידו להתנות תנאים, ולמנוע קיום התקנה.

מקרים בהם אף לדעת מהרשד"ם אין מניעה לחייבו בגט

א. מהרשד"ם כתב דבריו רק ביחס לתנאי שנקל לקיימו ולא בתנאי שקשה לקיימו. דוגמא לתנאי שקשה לקיימו מצויה בשו"ת עין יצחק השני סי' מ', וז"ל - "אף לפי דברי המהרשד"ם סי' מ"א שכתב בכל מה דאמרו דכופין לגרש דיכול לגרשה על תנאי שבידה ויכולה לקיים ע"ש. היינו בתנאי שביכולתה לקיים, משא"כ בנ"ד שהטיל עליה שתטלטל את עצמה ממקום מולדתה ובית אביה ומגוריה למקום אחר, דזה הוא כמו גלות. דודאי על תנאי קשה כזה אין יכול מן הדין לגרשה ולהטיל עליה ענין קשה כזה". ב. לעיל כתבנו שנראה שמהרשד"ם לא אמר דבריו בתנאי הכרוך בתשלום ממון לבעל או ליבם. ג. יש מקום לדון שדינו של המהרשד"ם נאמר במקרה שהבעל מבקש להוסיף תנאי בגירושין או תנאי האמור להתממש לאלתר בטרם יסודר הגט. אך לא נאמר ביחס לתנאי שמעצם טיבעו אינו ניתן למימוש מיידי, ושההסכמה לדרישת הבעל מחייבת להורות על עיכוב ממושך בסידור הגט, עד שהבעל יווכח שתנאו מתקיים, כגון בנידון שהבעל מבקש לפתוח מחדש בדיונים בנושא חלוקת הרכוש ומבקש, עוד בטרם יסודר הגט, לבחון מה תהיה התוצאה של דיונים אלו.

דברי מהרשד"ם הם חידוש, להימנע ממילוי ההוראה של "יוציא ויתן כתובה" כפשוטו הלכה למעשה. ואין לך בו אלא חידושו, כגון בנידון מהרשד"ם שהבעל והיבם אינם מבקשים

על ספר, ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון, ואי הוי שמיע להו, הוי הדרי בהו".

דעת הב"י

הב"י הביא את חוזה התנופה ובבדק הבית הביא את תשובת הרשב"א ולא העיר שיש מחלוקת ביניהם. בשו"ע סי' קמג סעיף כא העתיק את לשון חוזה התנופה בלא שינוי, ולכאורה היה מקום לדייק בדבריו כפי שדייק מהרשד"ם מספר חוזה התנופה. אך קשה לייחס לשו"ע, הלכה מחודשת מאד, כפי שחידש מהרשד"ם, כשהלכה זו אינה מפורשת בשו"ע, אלא להוציא אותה מדיוק לשון השו"ע, בו בזמן שאין הכרח להלכה זו ממקור הדין שהוא תשובת הרא"ש. מה עוד שהבית יוסף בספרו בדק הבית הביא תשובת הרשב"א בה מפורש להדיא בניגוד לדינו של מהרשד"ם, על כן קשה להוציא הלכה מדיוק לשון השו"ע, הלכה הסותרת תשובת רשב"א שהביא בספרו בדק הבית ללא חולק. אילו הבית יוסף היה מסכים לדיוק מהרשד"ם בספר חוזה התנופה, לא היה מביא את תשובת הרשב"א הסותרת דיוק זה, בלא להעיר על המחלוקת שבין הרשב"א לחוזה התנופה.

אמנם בספר שו"ת בת עין סי' טז סק"ב (הובא בספר כפיה בגט עמ' עד) כתב על דברי השו"ע שהביא מדברי חוזה התנופה - "ומדלא הביא ג"כ הדין דהרשב"א בעל מנת שלא תינשא שכופין אותו ג"כ שלא יתנה תנאי כזה, ש"מ דלא סבירא לן כהרשב"א, דאין בזה חשש מכשול כ"כ, יוכל לגרש ג"כ אף בתנאי כזה, אף במקום שכופין אותו". ואח"כ בס"ק ד' סייע לדבריו מדברי מהרשד"ם.

אך דבריו אינם מוכרחים, מאחר שיתכן שמרן הב"י כתב דבריו בבדק הבית לאחר שכתב ספרו שו"ע, ובעת שכתב ספרו שו"ע לא היתה בפניו תשובת הרשב"א. עיין בספר שם הגדולים לחיד"א מערכת ספרים ב' שכתב - "בדק הבית חיברו מרן אחר שחיבר כסף משנה ... ולפי דברי הרב שיירי הנוכר, א"כ שו"ע חיברו אחר כסף משנה ובדק הבית. ואני הדל מצאתי ... הנה אמת דזימנין דשו"ע מאוחר וזימנין מוקדם ... אי נמי דזימנין תקן מ"ש קודם וזימנין לא הוה אדעתיה לגודל המלאכה דעסיק בהו ועול התלמידים".

דהיינו לפי דעתו של החיד"א, דברי מרן בשו"ע נכתבו קודם דבריו בבדק הבית, ויש שלא תיקן דבריו בשו"ע עפ"י מש"כ בבדק הבית.

ובספר יביע אומר חלק ה' יו"ד סימן כג אות ה', כתב - "ובשלחן גבוה יו"ד (סי' רסב ס"ק יד) כתב לצדד במה שהשמיט מרן דין הרשב"ץ מהשו"ע, שמוזה נראה שספר בדק הבית חיברו אחר השו"ע, ולכן לא הביאו בשו"ע, או אפשר שלעולם השו"ע חובר לאחרונה, ומה שלא כתב דין זה בשו"ע היינו ע"פ ... ובכללי השו"ע הבאתי מחלוקת איזה חיבור קדם. עכת"ד. ובאמת שאף שגם הגנת ורדים או"ח

לעגנה, עד שתתן לו כל הוצאותיו שהוציא יותר ממה שאכל, על פי שבועתו". הובאו דבריו בדרכי משה אה"ע סי' פח סק"ב.

מבואר שאמנם הדין נותן לכפות הגירושין (אליבא דשיטת הרי"א"ז שפסק כתקנת הגאונים), עכ"פ מאחר ובנסיבות אלו אין את ההלכה "מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל", והאשה חייבת להשיב לבעלה את הוצאותיו העודפות על מה שאכל, אם אינה משיבה לו, הרשות בידו לעגן אותה, וכל עוד לא תשלם לא יכפוהו לתת גט. לכאורה היה מקום לבאר דאיירי כשהיא "אינה ציית דינא", אך מפשט לשון ריא"ז עולה שגם אם אין בידה לשלם יוכל לעגנה. והדברים צ"ע, ולהלן כתבנו בהרחבה ששיטת ריא"ז אינה מוסכמת. ויש שקבעו גדר אחר בהלכה זו.

דעות באחרונים שלא כדעת מהרשד"ם

בספר נהור שרגא (לג"ר משה בצלאל לוריא ז"ל) עמ"ס יבמות דף קו. כתב בפשיטות שלא כסברת מהרשד"ם, ולפי דרכו עולה גדר אחר בהלכה זו.

דבריו מתייחסים לאבני מילואים סי' לח סק"ה שהביא מדברי רבינו ירוחם (תולדות אדם וחווה נתיב כה חלק ב'). וז"ל רבינו ירוחם - "במישרים כתבתי כי כל מי שמתנה יותר מן הראוי בשכירות אינו שום דבר, אבל אם התנה בדבר הראוי ליתן או שחייבת לו, כגון יבמה שיש בידה ממון מהיבם ואמרו לו חלוץ לה ע"מ שיחזירו לך שלך, והכל לפי המעשה והתנאי, אם יחזירו הרי החליצה חליצה ואם לאו אינה חליצה, וכן כתב הרמ"ה", עכ"ל.

דברי רבינו ירוחם טעונים ביאור, כיצד כתב שהחליצה אינה מועילה מפני התנאי, שהרי אין מועיל תנאי בחליצה, דמידי דליתא בשליחות ליתא בתנאי, ועיי"ש באבני מילואים מש"כ בזה.

בספר נהור שרגא כתב לבאר דברי רבינו ירוחם, וז"ל - "למש"כ הב"י באה"ע סי' קלד בשם הרשב"ץ אם גולה אשתו ממנו ואינה רוצה להחזירו עד שיגרשה ואינו יכולה לכופה בדין כו' אני מסתפק אי ידיע דמחמת אותו עישוי גרש הוא גט מעושה, ע"ש ... ואי נימא באופן דיש לכופו לחלוץ נחא, הא דאינה מחזרת אינה חליצה, דכיון דחשיב עישוי אף במחזרת, אלא שהוא כדיון, וכיון דהדין דיכול לעכב החליצה עד שתחזיר, איגלאי דהוא עישוי שלא כדיון, ולא משום דין תנאי בטלה החליצה, אלא משום מעושה שלא כדיון. אך אי מיירי ביכול לכופה לדין דכה"ג לא חשיב עישוי, ע"כ מדין תנאי בטל כמ"ש האבני מילואים", עכ"ל.

העולה מדבריו, במקרה שבו הבעל מחוייב בגט, אם האשה מחזיקה תחת ידה בממונו שלא כדיון, ודבר זה מאלץ את הבעל לתת גט, הרי שבכך היא נוקטת אמצעי כפיה כנגדו, ומאחר שאמצעי זה אינו כדיון, הוא פוסל את הגט. רק כשמעשים אותו כדיון, הגט כשר, משא"כ עישוי שנעשה באמצעות אחיזה בממונו שלא כדיון.

עיכוב בסדור הגט או החליצה. אך מנלן להוסיף חידוש, נוסף ולתת לבעל וליבם, המחוייבים בגט או בחליצה, את הכח לעכב ולדחות את הגירושין או החליצה לפרק זמן ממושך.

על כן בנסיבות שבהם אין מבוקש על ידי הבעל גירושין אלא תר וביצורף תנאי מסויים, אלא הבעל מבקש את עיכוב הגירושין לפרק זמן ממושך עד שייסיים הליכים משפטיים ממושכים כדי שיוכל להיווכח מהי התוצאה של הליכים אלו, פשיטא שגם לדעת מהרשד"ם אין שומעין לו. אם במדיר אשתו מתשמיש קיי"ל (שו"ע סי' עו ס"ט) שיוצא לאחר שבוע, ואינו רשאי לעכבה יותר, ק"ו לאחר שכבר חוייב בגירושין, שאינו רשאי לעכב את מתן הגט לפרק זמן ארוך.

עיכוב הגירושין כשהבעל טוען שהאשה מחזיקה ברכוש שלא כדיון

מהרש"ם חלק ה' סי' ס' כתב - "עוד העיר מעכת"ה דלפמ"ש בתשובת הרא"ש הובא בטוש"ע סי' קנ"ד דמי שהוא מוכתב למלכות כופין אותו לגרש, וא"כ בנ"ד כיון דכופין אותו לגרש, א"כ אף שלא נתרצה רק באופן שתחזיר החפצים מ"מ הוי גט. ואמנם לדעתי אף דכופין אותו, היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בנ"ד שרצה לגרשה רק בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו, והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו לכופו ... ומעתה לפ"ז בנ"ד שלא רצה האב לקבל והויא אנוסה, שוב כופין אותו לגרש בלא תנאי, ואף שהיה אביו מרוצה לקבל החפצים באופן שתתן לו סך רב, כיון דאינה מחוייבת בזה, הוי אנוסה. וכהא דאמרו בגיטין ל' ע"א מידי תרקבא דדינרא בעי למיתב לה כו' ומיקרי אונס", עכ"ל. מבואר בדבריו - במקרה שידוע לנו שהאשה מחזיקה ברכושו שלא כדיון וכיוצ"ב, הבעל רשאי לעכב את הגירושין עד שיוחזר לו רכושו. אך אם אינה מעכבת החזרת החפצים, אלא השבתם לבעל כרוכה בהוצאות רבות שאינן מוטלות עליה, או שבקש ממנה להעבירם לאביו, והלה מסרב לקבלם, חוזר הדין שאינו רשאי לעכב הגירושין וכופין אותו.

לדעת מהרש"ם, במקרה שחפציו ברשותה שלא כדיון, גם החולקים על מהרשד"ם מודים, מאחר ומהרשד"ם איירי בתנאי שהאשה אינה מחוייבת בו, משא"כ ביחס לממון הנמצא בידה שלא כדיון ומחוייבת בהשבתו לבעל, הוא רשאי שלא לתת גט ולכפותה בעיכוב הגירושין לקיים את המוטל עליה, שהרי שהחזקת ממון גזול שלא כדיון ובלא הסכמה לעמוד לדיון ביחס לממון זה, דינה כמי שאינו "ציית דינא", ורק בנסיבות אלו הבעל רשאי לעכב מילוי חובתו על מנת להביאה לציית לדיון, ולהלן נוסף ביאור בנקודה זו.

ומצאתי מפורש בראשונים שדן בשאלה זו. הרי"א"ז בשלטי הגבורים כתובות פ"ח (דף לט). בדפי הרי"ף, ספר פסקי ריא"ז פ"ח הלכה ג' סעיף ג') כתב, על פי דרכו שפסק כתקנת הגאונים לכפות גט באשה מורדת שאינה רוצה בבעלה ותובעת גירושין, וז"ל - "אע"פ שכופין הבעל להוציא בתקנת הגאונים, לא יפסיד הוצאותיו, אלא הרשות בידו

לעיכוב החליצה או הגט, גם כל עוד האשה מחזיקה תחת ידה ממון שאינו שלה אליבא דטענת הבעל או היבם.

וכן מתבאר תשובת האגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קיא (עליה הסתמכו בפסק הדין שבקובץ דברי משפט ח"ב עמ' קנה, שיובא להלן).

מכל הנ"ל מבואר, שאין מקום למסקנה שהגיעו אליה באותו פסק דין (שבקובץ דברי משפט ח"ב) שהבעל רשאי לעכב את מתן הגט עד שיקבל את תביעתו הצודקת, על פי טענתו. אלא שאם בית הדין נוכח שקיימת תביעה מצד הבעל, והאשה אינה מצייתת לדין, ואין דרך לזון עמה על תביעתו, בנסיבות אלו הבעל רשאי לעכב את הגירושין, למרות חיובו בגט, עד שיובטח שהאשה תציית לדין, אך מיד לאחר שהדבר כבר הובטח, אינו רשאי לעכב את הגירושין ועליו לתת גט. ואם ימנע מכך, יש לחייבו בהתאם לדינו. (וע"ע בספר ישכיל עבדי חלק ו' אה"ע סי' קכב סעיף א' ודבריו צ"ע. תמוה שלא נחית לביאור הנ"ל בדברי השב יעקב והשיבת ציון).

אמנם ברי"א"ו שהובא לעיל, מפורש שהבעל רשאי לעכב את הגט עד שתתן לו את המגיע לו עפ"י הדין, ומשמע דלא סגי בכך שהובטח שהיא ציינת דינא, אך לפי האמור וכן בהתאם למבואר להלן, נראה שהרי"א"ו יחידאה.

דעות נוספת באחרונים החולקים על סברת מהרש"ם

בספר שו"ת פני חיים (להג"ר פינחס זוואניצקי"א ז"ל, בהקדמת הספר מצויין ששימש בהוראה 47 שנה ובהסכמות שיבחוהו מאד חכמי דורו וכתבו עליו - הישיש וזקן המופלג בתורה וחסידות), בחלק אה"ע סי' ה' דן בשאלת זכותו של הבעל להטיל תנאי בגירושין בע"כ של האשה. בתשובתו חלק על הברית אברהם שהביא הפת"ש סי' קי"ט סק"ד, הסובר שאינו רשאי לגרשה בעל כרחו, כשמגרש בתנאי (בהנחה שאליבא דהברית אברהם אם גרשה בע"כ על תנאי, אינו גט). ובתוך דבריו הביא את תשובת הרשב"א ואת הדין שכתב בס"ה דינים שבסוף ספר חזה התנופה (הנוכרים לעיל), וכתב - "תקשי לדעת הברית אברהם, ממה נפשך, אם האשה אינה מתרצית בתנאי, א"כ פשיטא דכופין אותו שלא לגרש בשום תנאי שהאשה אינה מתרצית בתנאי. דא"כ מה פעל הכפיה שכופין לגרש, הלא אם אינה רוצה בתנאי אינה מגורשת. ואם האשה מתרצית בתנאי, א"כ קשה באמת איך נכופ אותנו על זה שעפ"י הדין היא מגורשת אף בהתנה התנאי, א"כ יהיה גט מעושה שלא כדין, דהא הדין הוא רק שיגרשנה, אבל לא שלא יגרשנה בתנאי שהיא מתרצית בו. אלא ודאי הרשב"א וס"ה סוברים דבאלו שאין כופין אותם להוציא ודאי יוכל לגרשה בעל כרחו אף בתנאי. ובאלו שכופין להוציא ודאי אינו יכול לגרשה בעל כרחו בשום תנאי. דהלא אם האשה לא תקיים התנאי לא תהיה מגורשת, וא"כ מה פעלנו בכפיה. ורק אם האשה מתרצית בתנאי, א"כ מסתמא רוצה לקיים התנאי דהא היה בידה שלא להתרצות בתנאי והוה כפינן לי' שיגרשנה בלי תנאי.

אך גם במקרה כזה, אין לדון את האחיזה בממון כעישוי, אם הבעל יכול להוציא את שלו באמצעות תביעה לדין תורה, וכמפורש בתשובת התשב"ץ (ח"א סי' א', הובא בבי" ס' קלד) שכתב - "ואינו יכול לכופה בדין להחזירו אליו".

הרי מבואר, שהגדר לפסול את הגט הוא כדלהלן, - אם ננקטו על ידי האשה או אדם אחר, כנגד הבעל צעדים שיש בהם משום כפיה על הגט, ואינם כדין, לרבות תפיסת ממונו שלא כדין, בלא שניתן להוציאו מיד התופס. אף שקיים חיוב גט, יחשב כגט מעושה שלא כדין, עקב העישוי הנ"ל שאינו כדין. אבל אם הבעל יוכל לתבוע בדין את תביעותיו. הרי שעצם האפשרות להוצאת הממון באמצעים משפטיים, מביאה לכך שהחזקת הממון בידה או ביד אדם אחר לא תחשב כעישוי הבעל.

מכל האמור עולה שהרב מחבר "נהור שרגא" נקט בפשיטות שלא כסברת מהרש"ם, אלא קבל את סברת מהרש"ם (הנוכרת לעיל), ובתוספת מגבלה, הקובעת את זכותו לעכב את הגט או החליצה רק במקרים שבהם לא ניתן לתבוע את החפצים בדין.

בנוסף, מבואר, שלא עלה על דעתו, שמכח סברת "עביד איניש דינא לנפשיה", יוכל לעכב הגט או החליצה עד שיקבל את ממונו, ושעיקוב זה יהיה תחליף לתביעה בבית דין, ושלא כסברת ספר צל הכסף שיובא להלן.

ובדרך זו יתפרשו דברי השב יעקב חלק אה"ע סוף סי' מא ושיבת ציון סי' צו שהביא הפת"ש סוף סי' קסה, שבמקום שעלתה הטענה שהאשה מחזיקה ברכוש השייך ליבם והיא אינה ציינת דינא ומבקשת לדון רק בחליצה אך לא בתביעות הרכוש שלו, בנסיבות אלו היבם רשאי לעכב את החליצה. אך העיכוב הוא רק עד שיתברר שהיא ציינת דינא. השב יעקב כתב בלשון זו - "אמאי לא אמר החלוץ בפה מלא שמעכב החליצה עד שיבוא להיות ציינת דין ... ודאי יכול לעכב החליצה עד שיהא ציינת דין עמו במקום הממוצע".

וכן בתשובת שיבת ציון כתב - "ולא עוד, אלא אפילו מן הדין אינו חייב לחלוץ ואף שנתן שטר חליצה ואין לו זכות מצד תקנות הקהילות ... מ"מ כיון שהיבם צועק ככרוכיא ורוצה לציית דין תורה ולקבל על עצמו כל מה שיושת עליו ע"פ פסק דייני ישראל והיא מסרבת לציית דין תורה, איך יעלה על הדעת לומר שהוא מחוייב לחלוץ כל זמן שהיבמה מסרבת לציית דין תורה עמו, ועיין בתשובת שב יעקב חלק אה"ע סוף תשובה מ"א שכתב בפירושו שיכול לעכב החליצה עד שיציית דין עמו, ושם בשב יעקב היה ליבם דין ודברים עם אבי היבמה ואפ"ה פסק שם שיכול לעכב החליצה כדי שיכופ כאגמון ראשו לציית דין תורה, מכ"ש וק"ו בן בנו של ק"ו בנ"ד שהיבם צועק שיש לו טענות ותביעות על היבמה עצמה".

מבואר בדבריו שההיתר לעיכוב החליצה (שבה היבם מחוייב) יתכן רק על מנת לאכוף את האשה שתהא מאותם שהם "ציינת דינא", אך לאחר שעניין זה הובטח, אין מקום

הרא"ש בכלל מג סעיף ג' כתב בלשון זו - "ומה שהיא טוענת שבעלה מטורף, וטפשות מתוספת עליו מידי יום יום, ושואלת שיגרשנה טרם יטרף ותהיה עגונה לעולם, וגם שמא תלד בנים ולא יוכל לזונה. ואביה היה עני ומחמת דחקו השיאה לו, וכסבורה היתה יכולה לקבל ואינה יכולה לקבל, כי מטורף הוא לגמרי, ויראה פן יהרגנה בכעסו, כי כאשר מרגיזים אותו, מכה והורג חורק ובוטע ונושך. וראובן משיב, הכרת בו מקודם, לכן וסברת וקבלת, גם אינו מטורף, אך אינו בקי בטיב העולם, ולא יגרשך אלא אם תחזירי הספרים, או כסף ערכם, ואז יגרשך.

איני רואה מתוך טענותם דברים שיהיה ראוי לכופו עליהם לגרש, כי אין להוסיף על מה שמנו חז"ל בפרק המדיר ואלו שכופין אותו להוציא מוכה שחין ובעל פוליוס והמקמץ והמצרף נחושת ובורסקי. ועוד שנינו התם האיש שנולדו בו מומין, אין כופין אותו להוציא. לכן אין לכופו לגרש, אך תפייסנו שיגרש, או תקבלנו ותזון מנכסיו".

נקדים ונציין כי תשובה זו של הרא"ש נחלקה בידי עורכי שו"ת הרא"ש לשני חלקים. חלקה הראשון של התשובה נמצא בכלל קו סי' ד', ובה דן הרא"ש בתביעה שתבע ראובן אבי הבעל את לאה כלתו שלקחה בגזלה ספרים שהיו מיועדים לנדוניית בנו, והרא"ש השיב לדיינים שדנו בתביעה זו, וקבע אילו טענות מתקבלות ואילו טענות אין בהם ממש.

חלקה השני של אותה תשובה הובא בכלל מג, ובה המשך הדיון בין לאה לראובן אבי הבעל. ומתוך דבריהם עולה שהיתה הסכמה שהבעל יגרש, אלא שראובן התנה את הסכמתו לגירושין, ותבע שקודם לגירושין הספרים יוחזרו או שיקבל את תמורתם. וכתב הרא"ש שבמקרה הנידון הבעל אינו מאותם שכופין לגרש, כי אין להוסיף על מה שמנו חז"ל בפרק המדיר, ופסק "לכן אין לכופו לגרש, אך תפייסנו שיגרש, או תקבלנו ותזון מנכסיו". ועיין ביאור הגר"א סי' קנד ס"ק יז שגם אם טענותיה אודות התנהגות הבעל יתקבלו, אין עילה לכפותו בגט עקב התנהגות הבעל המתוארת בדבריה, מאחר שהאשה הכירה במום זה של הבעל עוד קודם לנישואין וסברה וקבלה, ועין פד"ר חלק ב' עמ' 361, וע"ע מש"כ בזה לעיל סוף סי' לד.

עכ"פ מבואר בדברי הרא"ש, שאילו הבעל היה מאותם שמנו חז"ל בפרק המדיר, היה הרא"ש פוסק הלכה למעשה לכפותו, ולא היה נמנע מכפייה עקב טענות הממון שהיו לבעל כנגד אשתו. וזאת מפני שנושא הממון כבר נידון בנפרד (כמבואר בדבריו בכלל קו סי' ד'), ושם האשה "ציית דינא", לכן נושא זה אינו יכול להיות עילה לעיכוב הגירושין.

העולה מדברינו - הרא"ש סבר כדבר פשוט, שאם אכן הבעל היה מאותם שמנו חז"ל שכופין אותם לגרש, הבעל לא היה מורשה לעכב מילוי חובתו לתת גט, ולטעון שעיכוב זה מוצדק כאמצעי לכפות את אשתו להשיב אליו את הרכוש המגיע לו על פי טענתו, או כהצבת תנאי לגירושין

ורק בתנאי על מנת שלא תנשא לפלוני או על מנת שלא תלכי לבית אביך, סוברים הרשב"א והס"ה דאף אם האשה מתרצית בתנאי, אפ"ה סופה להנחם מהריצוי, דהלא אם לא יודמן לה אחר להנשא לו ודאי תנחם על שנתרצית, וכן בעל מנת שלא תלך לבית אביך, ידוע טבע בני אדם שכשיעבור איזה זמן שלא תלך לבית אביה תתנחם על שנתרצית. ולכן כשמגרשה בבית דין על ידי כפייה, יש לכפותו שלא יתנה תנאי זה שקשה לה לעמוד בו ושתקיימו, דהריצוי שלה אינו נחשב לריצוי, דידוע שבקל סוף שתתנחם, והוה כמטיל תנאי בעל כרחה של האשה. הרי מוכח מהרשב"א והס"ה דמי שאין כופין אותו להוציא שפיר יש לו כח להטיל תנאי אף בעל כרחה של האשה, ודלא כהברית אברהם", עכ"ל.

מבואר דפשיטא להרב פני חיים ז"ל - ביחס לאותו בעל שכופין אותו לגרש, פשיטא שאינו רשאי להטיל תנאי בגירושין, בניגוד להסכמת האשה, "דא"כ מה פעל הכפייה שכופין לגרש, הלא אם אינה רוצה בתנאי אינה מגורשת", ולהיפך מסברת מהרשד"ם. אלא הביאור בתשובת הרשב"א ובחזה התנופה, שגם אם הבעל המחוייב בגט מבקש לגרשה בתנאי מסויים וגם האשה מסכימה לתנאי זה, אעפ"כ אין מניחים לו לגרשה בתנאי זה, מאחר שקשה לקיים את התנאי, כגון שלא תנשא לפלוני או שלא תלך לבית אביה.

וכן בספר תשובות הרד"ד (להג"ר דוד דוב מייזלס ז"ל) אה"ע סי' ל' כתב בתוך בירור הלכה אודות בעל שהדין נותן שיכפוהו לגרש, והתעורר ספק בדבריו האם הבעל התנה תנאי בגירושין. ובתוך התשובה כתב כדלהלן - "לכאורה כיון דהרמב"ם כתב בטעם שכופין, דמסתמא רוצה כפי הדין. א"כ ה"נ י"ל ג"כ דלענין התנאי רוצה כפי הדין. ובדין אין לו רשות לעגנה ולהתנות תנאים. וכן כתב הבד"ה בשם חזה התנופה דאלו שכופין אינו יכול להתנות תנאי כלל, וכיון דכתב הרמב"ם דכשיכנע יצרו מסתמא נפשו אודה טוב, א"כ כוונתו היתה לשמוע דברי חכמים לגרש בלי תנאי, על כן ראוי לפרש דבריו על דרך זו", עכ"ל. אמנם בהמשך דבריו הסתפק בסברא זו, עכ"פ כתב בפשיטות שהדין נותן שהבעל שכופין אותו לגרש אינו יכול להתנות כלל, ושכן כתב בספר חזה התנופה שהביא הב"י, ולא עלה על דעתו לדייק בדברי חזה התנופה, שיש שני סוגי תנאים כפי שכתב מהרשד"ם.

ראיה מתשובת הרא"ש שהרא"ש חולק על סברת מהרשד"ם

יש להוכיח בדעת הרא"ש שבמקרה שקיימת עילה לכפות בגט, ולבעל טענת ממון כנגד אשתו, גם אם טענה זו עדיין לא התבררה ומתקיים דיון בטענותיהם, הבעל אינו רשאי לעכב חיובו בגירושין מפני טענות אלו, כל עוד האשה מציינת לדין. וכן עולה מתשובה זו שבנסיבות של חיוב גט אין מקום ליצור זיקה בין חיוב הגירושין לדיון בתביעת הממון. ומוכח מתשובת הרא"ש דלא כשיטת מהרשד"ם אליבא דביאור הגר"ש אלישיב שליט"א, שהובא לעיל.

שהרי ידוע הוא שר"ת הפליג לדבר ולאסור לכוף הבעל לגרש בטענת דמאיס עילאי ... ואפילו הכי בתשובה ... שיכולין לגזור להבדל ממנו ולהרחיקו בכל מיני רחוק שאין זה קרוי כפייה, כ"ש וכ"ש בנדון זה שהוא מותר לכו"ע, אפילו לדברי האומר שאין כופין לחלוץ. ולפי הנראה לע"ד מתשובת זו, למד רבינו יצחק מקורבי"ל להתיר להבדל ממנו. אבל לנדונו להדיא אנכי הצעיר לא מלאני לבי וחוששני בדבר משום חליצה מעושה לדברי האומרים דאין כופין לחלוץ ורבים המה ... ועוד שהרי מתוך דברי רבי פרץ אשר פרץ בארץ, וידוע הוא כי און וחקר דעת הראשונים אשר היו לפניו, משמע דפשיטא ליה דמן הדין יש לכוף לחליצה אם לא מחמת חלוקת הממון שביניהם, כמו שאפרש. שהרי הגי"ה בסמ"ק במצות ייבום וז"ל ולענין כפייה אם אין ליבמה כל בבית, כופין אותו לחלוץ, ואם היא עשירה, נוהגין לעשות פשרה מן הממון עכ"ל. הרי לך בהדיא, דכי אין היבם בא מחמת טענת ממון כגון שאין ליבמה כל בבית וכו' דכופין לחליצה, והדין נותן דמאחר דמצות חליצה קודמת ואי אפשר לו ליבם האידנא משום דלא שבקינן ליה, מאחר שאין מתכוונין לשם מצוה בדין הוא שיחלוץ ויתירנה לשוק דלמה יעגנה מאחר שאינו יכול לכונסה, ... כל שכן הכא דכולהו איתנהי בה, שאין יכולה להבעל לו כלל ואין לך עיגון גדול מזה דודאי יש לכופו לחלוץ כדי להתירה, היכא שאין היבם בא מחמת טענת ממון. אבל היכא שהיא עשירה והיבם טוען שהנכסים בחזקתו מכח ירושת אחיו, אין בידינו לסלק מירושת אחיו דממילא נפלה קמיה. ונהי דלא שבקינן ליה ליבומי משום דחיישינן לשמא לא יתכוין לשם מצוה האידנא שאינו מתכוין כולי, מכל מקום אין כח בידינו להפקיע מירושתו, ולכך נהגו לעשות פשרה. ומאחר שמן הדין כופין לחליצה דאין לו לעגנה כדפירשתי אלא שהוא בא מחמת טענת ממון וכדפירשתי, אם כן כי נסתלקה טענת הממון תבענא לדינא וכופין אותו לחלוץ ... ולפי דרכינו למדנו, דלדברי רבינו פרץ דרייק טובא ובתראה הוא וידע במילי דקמאי, שיש לכוף ליבם לחלוץ על פי מנהג המקום בענין הממון מאחר שאין מעכב הכפייה כי אם הממון. ואפילו היה המנהג מנהג הדיוטות, כ"ש וכ"ש בהיות המנהג קבוע על פי גדולי עולם ... ומאחר דפשיטא שכן הוא, דבר פשוט הוא שהיבם הזה צריך לעשות כמנהג ק"ק שו"ם כיון שהוא דר בפרוותהון ונתפשטה שם גזירתם, עכ"ל מהרי"ק.

מעיון בתשובת מהרי"ק עולה כי בחלק הראשון של התשובה שבה קבע שביבם נשוי כופין לחלוץ מפני שחדר"ג מונעו מיבום, אין מקום לעיכוב החליצה עקב טענת ממון, מכיון שלאחר החליצה הרי הוא כשאר האחים, כמבואר במשנה במסכת יבמות דף מ. וממילא אין ממון שניתן לדון עליו, ובנסיבות אלו שהדין קובע כפיה, לא עלה על דעת מהרי"ק שטענת ממון תוכל להיות עילה שלא לכפותו.

בחלקה השני של תשובת מהרי"ק, העוסקת ביבם שאינו נשוי, בתחילת דבריו כתב לחוש לדעת הסוברים שמצוות

כסברת מהרשד"ם. שהרי רק לאחר שהרא"ש קבע שאין עילה לכפיית הגירושין, הורה הרא"ש לאשה שתפייסנו שיגרש, היינו לפייסו בתביעת הממון שביניהם, (כאמור בכלל קו, האשה עדיין לא זכתה בדין תורה הממוני שביניהם). אילו סבר הרא"ש כסברת מהרשד"ם (אליבא דהביאור הנזכר לעיל דמהרשד"ם איירי גם בתנאי שיש בו הוצאת ממון מהאשה), או שסבר שיש לבעל זכות לעכב את הגירושין מטעם עביד איניש דינא לנפשיה (כפי שיש שסברו, ויובא להלן), היה הרא"ש מקצר בדבריו ולא נכנס לשאלה אם הבעל בר כפיית גט או לא, מאחר שאין נ"מ בכך, כשהבעל מסכים לתת גט בכפוף להחזרת הספרים או תמורתם.

שיטת הרא"ש בנידון דנן מכרעת, מלבד שהרא"ש מעמודי ההוראה ודעתו מצטרפת לדעת הרשב"א והרשב"ש לדחות את סברת מהרשד"ם. בנוסף, הרי דינו של מהרשד"ם מיוסד על דיוק בספר חזה התנופה, שדבריו הם קיצור מתשובות הרא"ש, ואם כנים אנחנו שזו אכן שיטת הרא"ש, הרי שאין מקום להוציא הלכה סותרת מדיוק דבריו בתשובה אחרת, ובהכרח שאין לדייק בדבריו כפי שסבר מהרשד"ם.

אמנם לא תהיה ראייה מדברי הרא"ש, אם גם אליבא דמהרשד"ם הבעל אינו רשאי להציב תנאי הכולל דרישה לקבלת ממון או רכוש בטרם הוכח שהם שלו, ושאיין יסוד לסברת "עביד איניש דינא לנפשיה", (כפי שיש שסברו כן ויובא להלן).

בירור שיטת מהרי"ק

בפס"ד מבית הדין האזורי בת"א שהתפרסם בקובץ דברי משפט ח"ב עמ' קנה, הביאו ראייה מתשובת מהרי"ק שרש קב שאין לכפות גט, אף במקום שהדין קובע כפיית גירושין, אם לבעל תביעה כספית צודקת.

נראה שאין מדברי מהרי"ק ראייה לשאלה דנן.

מהרי"ק דן בשאלת כפיית חליצה על יבם המסרב לחלוץ, וכתב "ראוי לחלק בין אם היבם נשוי אשה אחרת ובין אם אינו נשוי אשה אחרת, כאשר חלקו בזה הפוסקים האחרונים. שהרי כתב בספר מצות קטן ... ושוב כתב וז"ל ואם יש לו אשה אחרת מנדין אותו בהדיא עד שיחלוץ ... רבו הפוסקים האומרים דכופין בנשוי אשה אחרת, ועוד דבתראי נינהו וראוי להלך אחר הפוסקים האחרונים ... ואין ספק פוסקים הראשונים, מוציא מידי ודאי פוסקים האחרונים, ואם כן הוא ראוי לנדון היבם הזה ולכופו בכל מיני כפייה עד שיחלוץ".

וביחס ליבם שאינו נשוי, מאחר שאין מניעה ביבום מכח חדר"ג, יש אומרים דמצוות יבום קודמת ואין כופין לחלוץ, בזה כתב מהרי"ק – "אבל אם אינו נשוי אשה, אם יש ליבמה מממון בעלה בידה, אני בעניותי איני רואה שיהא בידינו לכופו, אלא על דרך שכתב ר"י מקורבי"ל בסמ"ק, דבכה"ג שרי אפילו לדברי האומרים דאין כופין לחלוץ. וראייה לדבר

בביאור הלכה זו כתב הגרע"א ז"ל בתשובה ח"ב סי' סה, הובאה בחתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' קנב – "בנ"ד כיון דנשאת, בזה כתב הרמ"א סי' נ"ב דחייב בכל דבר שהאיש חייב לאשתו, ונקטו כל האחרונים הב"ח והח"מ והב"ש בפשיטות. ועיקר הסברא נ"ל דהכי הוא, דבארוסה דעדיין לא נתחייב בחיוב הבעל לאשתו אלא דמקבל על נפשיה להשיאה לזמן מוגבל, בזה דשניהם התחייבו והתקשרו זה לזה, האב קשר עצמו לשלם לזמן ההוא הנדוניא, והוא קשר עצמו לנשאה לזמן ההוא, הוי כתלאן זה בזה. דשנים שנתקשרו זה לזה לעשות כך וכך, אם זה אינו מקיים התחייבות, גם השני א"צ לקיים ההתחייבות. דהתחייבות לנשאה היינו לזמן פלוני אחר סילוק הנדן. משא"כ בנשאה דכבר נתחייבו חיובי בעל קודם שנעשה כנגדו התחייבות, ל"ש לומר דהוי כתלאן זה בזה, והתחייבותו רק אחר קיום התחייבות של נגדו, דהא נתחייב בכל דבר במעכשיו ומיד. ונצטרך לומר דהוי דרך תנאי שמחייב את עצמו במעכשיו על תנאי שמסלק לו הנדן, ומאן מפיס, הרי לא הזכירו ענין תנאי, והוי כב' חיובים, הוא נתחייב לה בכל החיובים ואביה נתחייב לו בנדן והוי כבע"ח דעלמא", עכ"ל הגרע"א ז"ל.

העולה מסוגיא זו, שבאותם מקרים בהם החתן רשאי לעכב את הנישואין, הטעם מפני שמעיקרא לא התחייב לשאת את אשתו בלא שיתנו לו את הנדוניא, אך אם כבר התחייב בחיובי בעל לאשתו, אינו רשאי לעכב מילוי החובה כאמצעי לחץ לקבל את שהובטח לו. וקיים כאן העיקרון שבמקרה שבו מוטלת על האדם חובה כלשהיא, לא ניתן להמנע מלבצע, עקב טענה שהצד השני מחוייב בהתחייבות נגדית, למרות שיש אמת בטענה זו.

וכן ראיתי בדברי הגאון הרב אהרן קוטלר ז"ל ששלל סברא זו, שאם לבעל יש תביעה צודקת כנגד האשה הוא רשאי לעגנה, והוציא כן מסוגיא זו.

בספר "אוסף חידושי תורה" של הגאון הרב אהרן קוטלר ז"ל בסי' כ' כתב לברר שיתכנו קידושין בלא חיוב לכונסה בנישואין, ובתוך דבריו כתב כדלהלן – "יש להביא ראיה דמשכחת קידושין בלא חיוב לכונסה, מהא בכתובות ק"ח ב' הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל, תשב עד שתלבין ראשה. דיכול לעגנה אם לא יתן לו מה שפסק. ועד כאן לא פליג אדמון, אלא היכא דפסק האב, אבל היכא דהיא פסקה, כו"ע לא פליגי דיכול לעגנה. ואם נאמר דלא משכחת קידושין בלא חיוב לנישואין, א"כ איך יכול לעגנה, אטו משום שיש לו תביעה עליו מותר לגזול או לעשות לו רעה, וא"כ הכא אמאי רשאי לעגנה, וכ"ש היכא דלית לה לשלם. ומוכרח מזה דמשכחת קידושין בלי התחייבות לנישואין, ועל כן י"ל דבתנאו נכלל שישלם מה שפסק ואם לאו לא יהיה עליו חיוב לכונסה".

הרי דפשיטא להגאון הרב אהרן קוטלר ז"ל, שרק מפני שלא הוטלה על החתן החובה לכנוס אלא בכפוף לתנאים שנקבעו, הוא רשאי לעכב ולא לכנוס עד שיקבל את מה

יבום קודמת, ואין לכפות על החליצה, אלא הרחקות דר"ת. אך לאחר מכן הביא את שיטת ר"פ שגם אם מצוות יבום קודמת, יש מקום לכפות על החליצה מכיון שלמעשה אין אנו מניחים לו ליבם מחשש שאינו מתכוין לשם מצוה, ומאחר שלא יניחו לו ליבם כמצוותו, היבמה תשאר מעוגנת. אך לא ניתן להתעלם מכך שאילו היה מיבם כמצוותו, היה זוכה במלוא הירושה, ובמה שאנו מונעים ממנו ליבם, ונשארה החליצה כאפשרות יחידה, נגרם לו הפסד ממון, שאינו בא לידי ירושת אחיו. בזה הכריע רבינו פרץ שאם יש לאשה ממון, "נוהגין לעשות פשרה מן הממון".

עפ"י הכרעה זו, יש להקדים את הדיון בעניין הממון על מנת לבוא לידי פשרה, קודם לחליצה, שהרי זו טיבה של פשרה, כי אם יקדימו את החליצה, היבמה כבר לא תרצה להתפשר. ולכן פסק מהרי"ק כשיטת ר"פ שאין לחייבו לחלוץ, אלא קודם יורד לדין על מנת להתפשר בעניין הממון, ולקבוע את הפשרה על פי מנהג שו"ם, שהוא המנהג שהיבם מחוייב לו.

לפי זה, הקדמת הדיון בעניין הממון אינה מכח סברת מהרשד"ם שיש זכות לעכב את חובתו לתת גט או חליצה בטרם יקבל את הממון הנטען על ידו, אלא מפני הכרעת ההלכה לנהוג כתקנת הקהילות, שעליהם להתפשר בעניין הממון קודם לחליצה.

נציין כי בטרם הביא מהרי"ק מדברי ר"פ בענין הפשרה, כתב מהרי"ק "אבל אם אינו נשוי אשה, אם יש ליבמה מממון בעלה בידה אני בעניוטי איני רואה שיהא בדינו לכופו, אלא על דרך שכתב ר"י מקורבי"ל בסמ"ק" כו', והורה לנקוט הרחקות דר"ת.

אילו מהרי"ק הסכים לסברת מהרשד"ם, לא היה מקום להרחקות דר"ת. שהרי אליבא דשיטת מהרשד"ם, אם היבם מסכים לחלוץ בתנאי שיכולה לקיימו, לא נתרחק ממנו, כיון שהיא יכולה למלא אחר התנאי.

העולה מדברינו - אין מתשובת מהרי"ק ראיה לשיטת מהרשד"ם. אדרבה מדבריו ביחס לכפיית יבם נשוי, והרחקות ליבם שאינו נשוי עולה שלא סבר כמהרשד"ם.

הסוגיא בכתובות דף קח.

במשנה במסכת כתובות דף קח. – "הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל תשב עד שתלבין ראשה אדמון אומר יכולה היא שתאמר, אילו אני פסקתי לעצמי אשב עד שילבין ראשי, עכשיו שאבא פסק מה אני יכולה לעשות, או כנוס או פטור". להלכה נקטינן בשו"ע אה"ע סי' נב כאדמון.

והרמ"א פסק – "וכל זה כשאין יד האשה משגת ליתן מה שפסק אביה, אבל אם ידה משגת צריכה ליתן מה שפסק אביה, ואינה יכולה לומר כנוס או פטור. וכל זה לא מיירי אלא קודם שנשאה, אבל לאחר שנשאה ודאי דלא יוכל לבגוד באשתו משום שאין נותנין לו מה שפסקו לו, אלא חייב בכל דבר שאיש חייב לאשתו".

אך הרמ"א לא כתב כן, מפני שראה את דברי ריא"ז רק כפי שהובאו בש"ג, אך גם לפי פסק הרמ"א, היינו מפני שסבר שהחתן ואבי הכלה התנו והתחייבו התחייבויות התלויות זו בזו, ויש מקום להרחיב את התנאי של החתן עם אבי האשה, גם למצב שבו ידה של האשה משגת, שבנסיבות אלו החתן אינו מחוייב לכנוס אם אין נותנים לו את הנדוניא, למרות שהתחייבות היא של אביה בלבד.

וכל זה אינו דומה למקרה שהחתן כבר נשאה, שאז התחייבויותיו אינן תלויות ואינן מותנות, וכמ"ש הרמ"א – "אבל לאחר שנשאה ודאי לא יוכל לבגוד באשתו משום שאין נותנין לו מה שפסקו לו, אלא חייב בכל דבר שאיש חייב לאשתו".

והנה החלקת מחוקק סק"ה כתב "ה"ה בפסקה היא עצמה וכבר כנסה, אסור לבגוד באשתו אם אין לה מה ליתן ופשוט הוא, וכ"כ בב"ח".

בספר דברי יוסף (להג"ר יוסף כהן ז"ל) ח"ב סי' כח כתב על דברי הח"מ "מבואר מדבריו, שבפסקה היא לעצמה, אם יש לה מה ליתן יכול למנוע ממנה את חיוביו עד שתשלם אפילו לאחר שנשאה". וכן בפס"ד מבית הדין האזורי תל אביב בראשות הג"ר נחום פרובר שליט"א (הודפס בקובץ דברי משפט ח"ב עמ' קנ"ג), כתבו על דברי הח"מ – "משמע מדבריו שאם יש לה מה ליתן, יכול למנוע ממנה את חיוביו". והדברים צ"ע, ואין הכרח לדייק כך. שהרי אפשר לדייק להיפך, לא מיבעיא אם יש לה ליתן, שאינו יכול למנוע ממנה את חיוביו, מאחר שבידו להוציא בדין את הממון שהיא חייבת לשלם לו לדעת תשובת מיימוניות. אלא אף אם אין לה מה ליתן ולא יוכל להוציא בדין, אפ"ה לא יוכל לבגוד ולהימנע מחיוביו.

וכן מפורש בב"ש סק"ד שכתב "לא יוכל לבגוד, אפילו אם פסקה היא על עצמה. מיהו מוציאים מן האב או ממנה ע"פ הבי"ד מה שפסקו, עיין בב"ח". הרי מבואר שאף שיש בידה המעות, לא יוכל לבגוד אלא יתבענה לדין. ומסתבר שאילו הב"ש היה חולק על הח"מ, היה הב"ש מציין זאת.

הח"מ כתב שמקור דבריו הם בב"ח. ובב"ח כתב – "בתשובת מיימוניות סוף הלכות אישות משמע דכשד האשה משגת חייבת ליתן לו, אפילו לא פסקה לעצמה אלא אביה פסק לה, ואינה יכולה לומר לו או כנוס או פטור. ונראה דה"ה נמי בשכבר כנסה, דאע"פ דאינו יכול לבגוד באשתו וכו' מ"מ כופין אותה ליתן, כיון שיש בידה ליתן, אע"פ שלא פסקה היא לעצמה, אלא האב פסק לה, וצ"ע למעשה".

הרי מבואר שאם כבר כנסה, לעולם אינו יכול לבגוד באשתו, אלא שאם יש לה כופין אותה ליתן, ודרך הכפיה לא תהיה שיבגוד באשתו עד שתשלם.

ומה שהב"ח סיים בצ"ע למעשה, היינו בשאלה אם כשלא פסקה לעצמה אלא אביה פסק, ויש לה ממון האם כופין אותה לשלם, הב"ח נשאר בצ"ע בשתי הדעות שהביא

שפסקו לו. אך אם קיימת חובה לכונסה, חובה שאינה מותנית כלל או לאחר נישואין שכבר כנסה, אינו רשאי לעשות לה רעה מפני שיש לו תביעת ממון כנגדה, אף שתביעתו צודקת.

הטעם לכל האמור הוא, מפני שביחס לתביעה מוצדקת שניתן להוציאה בדיונים, התובע אינו רשאי לנקוט בצעדים אחרים האסורים מצד עצמו, מלבד ניהול התביעה כמקובל. וכן עולה מדברי הר"ן, וז"ל הר"ן – "ואפשר דלאו בפוסק עמו בשעת קידושין מיירי, דבכי הא לכו"ע יכולה לומר לו או כנוס או פטור כיון דבידו הוא לכוף אותו לפרעו, אלא הכא בפוסק עמו בשעת שידוכין עסקינן ולאחר זמן קדשה ובכה"ג לא קנה, ואפ"ה אומדנא דמוכח הוא שעל דעת תנאין הראשונים קדשה". עכ"ל הר"ן. וכן פסק הב"ש סי' נב סק"א, וז"ל – "והלך האב למדינת הים וכו' - מכ"ש כשהוא בכאן ויש לו לפרוע דאינו יכול לעגן אותה כמ"ש בהר"ן, כיון דיכול להוציא מן האב ואפילו אם פוסק במעמד שלה, אינו יכול לעגנה".

מבואר בדברי הר"ן שאף לשיטת ת"ק דאדמו"ן, אם האב פסק ויכולים להוציא ממנו, לא אמרינן תשב עד שתלביץ ראשה מאחר ויוכל להוציא ממנו בדין לאחר הנישואין. וכן פסק הב"ש בפוסק במעמד שלה, אליבא דהלכתא. (וע"ע באוצר הפוסקים ריש סי' נב (אות ב') במש"כ בשם תשובת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' סד המבי"ט ורמ"ע מפאנו ותשובת דברי ריבנות).

הרמ"א (שם) כתב – "וכל זה כשאין יד האשה משגת ליתן מה שפסק אביה, אבל אם ידה משגת צריכה ליתן מה שפסק אביה, ואינה יכולה לומר כנוס או פטור". לכאורה משמע שה"ה בעל המחוייב בגט יהא רשאי לעכב מילוי חובתו עד שהאשה תמלא חובה אחרת בה היא מחוייבת עבורו.

אך זה אינו, מפני שהלכה זו ברמ"א מתבארת עפ"י הביאור הנזכר שכתב הגרע"א בסוגיא, ועל כן רק מפני שמדובר בהתחייבויות התלויות אלו באלו, קבע הרמ"א שהתנאי של הבעל שהתחייב לכנוס הוא שהאב יתן את מה שפסק, וה"ה אם יד האשה משגת, מעיקרא לא התחייב לכנוס בטרם יקבל ממנה. ואין ראייה למקרה אחר שבו החובות אינן תלויות זו בזו.

אלא שדינו של הרמ"א צ"ע, כמ"ש בח"מ סק"ד. ואמנם במקור הדין, בספר פסקי ריא"ז עמ"ס כתובות פי"ג הלכה ג', מבואר שהריא"ז פסק כאדמו"ן דברייתא ואף כשהיא פסקה על עצמה כשהיא גדולה יכולה לומר כסבורה הייתי שאבא נותן לי, עכשיו שאינו נותן לי או כנוס או פטור, ועל זה כתב שלא תוכל לטעון כן כשידה משגת, והיינו מפני שביחס למצב כזה שידה משגת התנו ביניהם את התנאים. אך אה"נ לפוסקים כאדמו"ן דמתניתין בלבד, אין נ"מ אם ידה משגת. וכן מפורש בב"ח שהביא דברי הריא"ז בפשיטות דאיירי בפסקה לעצמה.

אמנם, אם דינו של מהרשד"ם נאמר בהלכות כפיית גט או חליצה בלבד מפני חומר הכפיה, אין לסתור דינו מכח פסק הרמ"א, שאינו עוסק בשאלת חיוב גט או חליצה. בסיום הדברים נרחיב בשתי נקודות שעלו בפסק הדין של ביה"ד בת"א הנזכר.

בפסק הדין כתבו - "אף לפי הב"ש, אין הוכחה רק בבעל שיש לו חיובים כלפי אשתו, וכלשון הרמ"א לא יוכל לבגוד באשתו, משא"כ בנידון דידן שאין לו לבעל כל חיובים כלפי אשתו, וכל חיוב הגט לא הוא אלא משום שלא תתעגן, יכול להיות שיוכל לעגנה עד שיקבל את חיובו".

דבריהם מבוססים על הביאור בשיטת רבינו ירוחם שאם בני הזוג אינם הזוג מורדים זה בזה, הטעם היחיד לחיוב הגירושין הוא מפני שהאשה מעוגנת. ועל יסוד הנחה זו קבעו שלא ניתן לדונה כמעוגנת כשהיא מעגנת את עצמה ואינה מסכימה לתנאים שהבעל העלה להסכמתו לתת גט.

יש להעיר, שכתבו ביאור חדש להגדיר את האשה המורדת כמי ש"מעגנת את עצמה". לענ"ד ניתן לקבוע, שהאשה מעגנת את עצמה רק כשהוטלה עליה חובה, והיא אינה ממלאת את חובתה, ועקב כך נותרה עגונה. כגון במקרה שהדין קובע שהיא חייבת ללכת אחר בעלה, לעלות לא"י או לעבור לגור במקום אחר, ובהתאם למבואר בשו"ע אה"ע סי' ע"ה, והיא אינה רוצה ללכת אחריו וגם מסרבת לקבל גט, בנסיבות אלו אם הבעל עוזב את המקום והיא נשארה במקומה עגונה, הרי שהאשם בה ולא בבעלה. וכעין שכתב בשו"ת בית דוד חלק אה"ע סי' מב, וז"ל - "כיון שאינה רוצה לקבל גיטה, יכול לילך לו ולהניחה עד שתלבין ראשה שהיא תבקש בעצמה ממנו להתגרש, וזהו מפני שמן הדין יכול לגרשה בעל כרחה והיא מטמנת עצמה מפניו, לכן יכול לעגנה דהיא הגורמת".

אבל המורדת בבעלה ואומרת מאיס עלי, אין אנו טוענים שהיא אשמה בכך, עיין תוספות רי"ד בסוגיית מורדת (בדף סד). שכתב "דכיון שבעלה מאיס בעיניה, אנוסה בדבר ולא מדעתה עושה כן, ואפילו אשה כשרה אי אפשר להבעל לשנוי לה ... דומה לאדם שאינו יכול לאכול מאכל השנוי לו ונתעב עליו".

ולאחר שאנו פוסקים (כרמ"א סי' ע"ז ס"ג) שאינה מחוייבת לחזור לבעלה, אין לקבוע שהיא המעגנת עצמה. מאחר שאין מורים לה לשוב לבעלה, הרי שבעצם העובדה שאינה חוזרת לבעלה לא תחשב כמעגנת את עצמה.

על כן מה שאין מחייבים אותו לתת גט, אינו מפני שהיא זו שמעגנת את עצמה, אלא מהטעם המבואר בראשונים - שמא עיניה נתנה באחר. ואילו היו דנים את המורדת כאשה המעגנת את עצמה, היו הראשונים כותבים שזהו הטעם שלא לחייב בגירושין את הבעל שאשתו טוענת מאיס עלי.

אמנם במקרה שבו האשה עשתה מעשה בידיים להביא למצב של גירושין ושליחת האפשרות של שלום בית עם

קודם לכן בשאלה זו. אך עכ"פ פשוט שלא ניתן לקבוע בדעת הח"מ, שדעתו להיפך ממש"כ הב"ח, בלא שהדבר יהיה מפורש בדברי הח"מ. אלא הח"מ התייחס רק למקרה בו אין לאשה ליתן משלה, שלא יוכל לבגוד באשתו. וביחס למקרה שיש לה, הח"מ השאיר כפי שהוא בב"ח, שהסברא נותנת שלא יוכל לבגוד באשתו. והב"ש הכריע שלא לחלק בין אם יש לאשתו ממון או אין לה, דבכל גווני אינו יכול לבגוד באשתו, וכשיש לה, יוציאו ממנה עפ"י ב"ד.

(ועיין בספר דברי יוסף (שם עמ' לח), שכתב שלפי הביאור שכתב הגרע"א ז"ל (שהובא לעיל) מתיישבת שפיר שיטת הב"ש שלאחר שנישאת בכל אופן אינו יכול לבגוד באשתו, אך התקשה כיצד תתבאר שיטת הח"מ, והיינו עפ"י דרכו בדעת הח"מ. ועיי"ש שכתב שדברי הח"מ הם אליבא דתשובת מיימוני ולא לדברי הגהת אלפסי - הריא"ז. ולפי האמור לעיל אתי שפיר, מאחר שהב"ש אינו חולק על הח"מ).

בעיקר דינו של הרמ"א, שאם כבר נשאה אינו יכול לבגוד באשתו, מפני שאין נותנים לו מה שפסקו עמו, במקור הדברים בתשובת מהר"ם (הובא בשלטי גבורים על המרדכי כתובות סי' ער"ה אות ג') הלשון הוא - "אבל כנסה סבר וקיבל ונתחייב לה שאר כסות ועונה ולכבדה כמשפט הבנות, הכל כמ"ש בספר כתובה ואנא אפלא ואוקיר ואיזון כו". היינו דאף אמנם החתן לא מחל על מה שפסקו לו, אפ"ה סבר וקיבל להתחייב בכל חיובי בעל לאשתו. ועיין בתשובת שיבת ציון סי' פח שהרב השואל ביאר דברי מהר"ם - "הכוונה שסבר וקיבל שנכנס בספק זה לתבוע אחר כך את האב, וכיון שתבע את האב מקודם ופשט לו את הרגל לכן אין רשאי לבגוד בה".

והגאון בעל שיבת ציון באר - "ולדעתי הפירוש והכוונה במה שכתב מהר"ם ורמ"א דאם כנסה סבר וקיבל היינו שכנסה והניח המעות ביד חותנו יהיה מאיזה סיבה שיהיה, אמרינן הואיל והניח המעות ביד חותנו סבר וקיבל שיהיו המעות בידו בתורת פקדון או בתורת הלואה ושוב אין עוד שם תורת נדוניא על המעות הנה, ונכנס בסוג תורת הלואה ופקדון", עכ"ל.

מבואר דלא מיבעיא שהחיוב לחתן את מה שפסקו לו עומד בעינו, ואין במעשה הנישואין ויתור על זכותו לגבות חוב זה, ה"ה שאין במעשה הנישואין משום ויתור על זכותו לנקוט בכל אמצעי המותר על פי הדין לגביית החוב, ואפ"ה אינו רשאי לעשות דין לעצמו במניעת מילוי חובותיו כדי לגבות את החוב. וזאת מפני שאין אדם רשאי שלא למלא חובתו, כדי ללחוץ על שכנגדו למלא חובה אחרת שאינה קשורה לחובה הראשונה.

על כן מאחר שהלכה זו פסוקה ברמ"א, והח"מ והב"ש מסכימים להלכה זו גם אם יש לאשה ממון. הרי שכל עוד האשה ציית דינא, הבעל יוכל לעמוד עמה לדין, ואינו רשאי לאכוף עליה את מילוי תביעתו בכך שהוא ימנע ממילוי חובותיו לאשתו.

מעגנת עצמה כשאינה מסכימה לתנאי הבעל לגירושין, וזאת מפני שאין עליה חיוב למלא תנאי זה. כגון בתנאי שלא תנשא לפלוני דאייירי מהרשד"ם, או כל תנאי אחר שנקל לקיימו. אמנם נקל לקיימו, אך אין מוטל עליה חיוב לקיימו. וכיון שכן אם אינה מקיימת תנאי זה אין מקום להגדירה כאשה המעגנת את עצמה. אלא הסברא בדינו של מהרשד"ם הוא מטעם אחר, וכמבואר לעיל.

האם הבעל רשאי שלא למלא חובתו לתת גט מכח דינא דעביד איניש דינא לנפשיה

הערה נוספת על מש"כ בפסק הדין (הנזכר, עמ' קנה) שבו טענו לזכותו של הבעל שלא למלא חובתו לתת גט מהא דקיי"ל עביד איניש דינא לנפשיה, והביאו ראיה מדברי הבית מאיר אה"ע ריש סי' עז שכתב בבעל שאינו זן את אשתו כמחוייב, ויש לו אלא שאינו רוצה לזונה כראוי, שהאשה רשאית למרוד בו כדי לכופו לזונה כראוי, מכח דינא דעביד איניש דינא לנפשיה.

המעייין בדברי הבית מאיר יראה שתלה דבריו במה שקבע שאין האשה נידונת כמורדת אלא כשעושה כן כדי לצערו, על כן מאחר שאין איסור במרידה זו, תוכל לעשות כן, ועביד איניש דינא לנפשיה, לכופו לזון אותה כראוי. ואין ללמוד מדבריו למקרה שבו הבעל אינו רשאי שלא לציית לחובה שהוטלה עליו על ידי בית הדין, איסור זה אינו מתבטל עקב טענה נגדית. ואינו דומה למקרה שבו דן הבית מאיר, שאין במעשיה איסור, כשאינה עושה לצערו, וזוהי הלכה מיוחדת במורדת בלבד.

הג"ר יוסף כהן ז"ל (בספר דברי יוסף ח"ב סי' צ') כתב בסיגנון אחר, ובאר שדינו של הבית מאיר נאמר רק בנידון שבבית מאיר בלבד. לפי דרכו של הג"ר יוסף כהן ז"ל אין אומרים עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשעושה מעשה שהדין עמו וגם בית הדין היה פוסק כן, אילו היה מביא את הדבר בפני בית הדין, אבל אינו רשאי לנקוט בצעד שגם בית הדין אינו פוסק באותן נסיבות. ומה דקיי"ל בעביד איניש דינא לנפשיה שיכול להכותו, אע"פ שבית הדין אינו פוסק להכותו, היינו כאמצעי גבייה כשאין דרך אחרת לגבות את ממנו, שזהו אמצעי שגם בית הדין היה נוקט כשלא היתה אפשרות אחרת. ולכאורה גם בנידון הבית מאיר היה לנו להורות לאשה לתבוע בבית דין ולהמנע ממרידה בבעל. ובזה כתב הג"ר יוסף כהן ז"ל לבאר – "לענין מוזנות יש דין מיוחד שההמתנה עד שתעמידנו בדין נחשב כמו אפשר (ט"ס וצ"ל - אי אפשר) להציל על ידי דבר אחר כדאמרין בכתובות דף פז. אמרי נהרדעי לכרגא ולמוזני ולקבורה מזבנינן בלא אכרזתא, ופרש"י שאין שהות ומתון בדבר. ועוד יש להוסיף שבמוזנות נחשבת ההמתנה כאי אפשר משום שזה לא דבר חד פעמי, אלא ענין תמידי".

ולפי זה כתב הג"ר יוסף כהן ז"ל בשאלה שדן שם, בבעל המורד מתשמיש בטענה שיש לו תביעה כספית צודקת נגד

הבעל או להתייבם, כגון בנודרת הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה כתבו התוס' (יבמות קיא: ד"ה מבקשים) – "סבירא ליה כמ"ד בכתובות (דף נט:): היא נתנה אצבע בין שיניה ולהכי מבקשים ולא כופין". לעומת זאת כשהאשה אנוסה במעשיה, לא יאמרו שהיא נתנה אצבע בין שיניה, עיין מסכת נדרים דף צ: באומרת נטולה אני מהיהודים, עיי"ש תוס' ור"ן. וכדבריהם כתב בחי' הרשב"א ז"ל – "האומרת נטולה אני מן היהודים, כלומר מתשמיש היהודים. וא"ת כיון שהיא נותנת אצבע בין שיניה אמאי יוציא ויתן כתובה, פירשו בתוס' בשם רש"י דכיון דאסרה נפשה בכל תשמיש היהודים ודאי מצטערת היא בתשמיש ואנוסה היא".

על כן מהאי טעמא, לא מצינו במורדת שנקטו הראשונים והפוסקים בלשונם שהטעם שאין כופין אותו בגט הוא מפני שהיא נתנה אצבע בין שיניה, אלא כתבו טעם אחר.

לכן במרידתה, האשה אינה נחשבת כ"מעגנת את עצמה", ובודאי שלא בהתנגדותה למלא תנאי שכלל אינה מחוייבת בו, גם אם "נקל לקיימו". לכן יש לדחות על הסף, טעם מחודש ותמוה בדינו של מהרשד"ם.

עכ"פ כששניהם אינם רוצים זה בזה כגון בנידון רבינו ירוחם, כפיית הגט במקרה זה נובעת מכך שהתבטלו תנאי האישות ביניהם (כלשון הב"י סי' עז בשם הר"ן בתשובה באומרת מאיס עלי). ועילת הכפייה היא שאין הבעל רשאי להביא להמשך המצב שכבר התבטלו כל תנאי האישות, וגם אין גירושין. מפני שבכך הוא מעגן אותה עיין לעיל סי' פט, אך ודאי לא נכון לייחס לאשה את העיגון.

בפסק הדין הנ"ל העלו, שהפסיקה ביסוד הדין לכפיית גט במוכה שחין ובעל פוליוס, נובעת מחובת הבעל למנוע עיגון האשה, ושעל כן קבע מהרשד"ם שלא לכפות כשהיא אינה מקיימת את התנאי כי בכך תחשב כמעגנת עצמה. הדברים אינם מתקבלים וללא מקור. אמנם הבעל אינו אשם והוא כאנוס במצבו, אך אונס כמאן דעביד לא אמרינן, אלא מכיון שאינו יכול למלא חיוביו לאשתו, זו עילת חיוב הגירושין.

עיין בתשובת חכם צבי סי' א' שכתב בתוך דבריו בלשון זו – "אבל היותר נראה לי נכון הוא דבכל המצות כופין מלבד בגיטין וחליצות הוא דאין כופין. אלא משום עיגון דידה או כל הנך שמנו חכמים בפירוש, אבל אינך לא משום דאית ביה ריעותא שהרי גט מעושה פסול וכן חליצה מעושה, ואף שבמקום שהוא כדין הם כשירים, מ"מ לא ראו חכמים לכפות עליהם אלא משום עגונה, או משום הנך שמנו חז"ל, וזה מוכח מדברי התוס' ריש פ' המדיר דף ע' ובפ' הבא על יבמתו דף ס"ד בד"ה יוציא ויתן כתובה, בין לפי ר"י ובין לפי ר"ח ודו"ק", עכ"ל. מדוייק בלשונו שחזר פעמיים על כך שתתכן כפיית גט משום עיגון האשה, או מטעם אחר והם באותם שמנו חכמים בפירוש, ודלא כמ"ש בפסה"ד הנזכר. ובהכרח, שאין הביאור בדעת מהרשד"ם מפני שהאשה

והקרקע אינן פרען לדמי הלואתו. אבל אם טוען הנתבע כי מזה השטר אתה פרוע כי אתה חייב לי כך וכך מעות ממקום פלוני ויהיו שלך בחובך או תשבע לי שאינך חייב לי כלום ואפרעך, הדין עם הנתבע, ועד שלא ישבע לו אינו פורעו.

וכעין זה כתב בשלטי הגבורים בתחילת שור שנגח את הפרה, בשם רבו בעל התוס' ר"ד, והוסיף לבאר הטעם שאינו מחוייב לשלם את חובו כשטוען חיוב מעות של התובע, "הרי זה כאילו טוענו ששטרו פרוע והכל תביעה אחת" (הובא בקצוה"ח סי' כד ס"ק א).

הרי שאף בתביעות ממון הדדיות, ניתן לעכב פירעון חובה רק בתביעת ממון כנגד תביעת ממון ברורה נגדית, הנחשבת כתגובה ראויה לגופה של תביעת התובע.

מלבד זאת, יש אומרים כי במקרה שטענת הנתבע טעונה בירור משפטי, לבירור זכותו הממונית, אין לעכב את התשלום, כן עולה מדברי תוס' ד"ה שאין, ובחזו"א חח"מ ב"ק סי' יב ס"ק יג כתב – "בתוס' מבואר שאם טענת הנתבע מבוררת לא אמרינן שיפסקו הדין מתחילה לתובע ונכוף הנתבע לשלם, ואח"כ נודק לטענת הנתבע ונוציא מיד התובע, שאין זו מידת הדין ... דאין כל אחד חייב לשלם עד שישלם לו השני, דרשאי לעכב חוב חבירו להיות כופה לשכנגדו לשלם לו מה שחייב לו. ולפיכך פירשו בתוס' דהא דנוקקין לתובע תחילה היינו בזמן שהנתבע צריך לברר". ועיין בשו"ת אגרות משה חלק חו"מ א' סי' ו' שכתב בדבר פשוט "אבל בדבר הצריך עיון בדין ודאי לכו"ע לא עביד דינא לנפשיה". ועל כן במקרה שתביעת הבעל טעונה בירור בבית הדין לבחינת זכותו לגבות ממון, הרי שכל עוד לא התבררה תביעתו אינו רשאי להמנע ממילוי חובתו, שאינה קשורה ואינה תלויה בתביעה זו.

והנה מצינו בר"ן פ"ו דשבועות בסוגיא דמלוה על המשכון וכו' שכתב וז"ל לפיכך אני אומר דבמשכון דלא שוה אפילו ידעינן בודאי דאיכא בידו דמלוה אעפ"כ חייב לזה לפרוע העודף שאע"פ שהמלוה עובר בלא תחמוד אפ"ה ממונא אית ליה גבי דלוה ... ואע"פ שאפשר שאין ב"ד נוקקין לכוף את הלוחה כל זמן שהמלוה עובר בלא תחמוד, היינו כדי לכוף את המלוה שלא יעבור עבירה זו כשם שמכין אותו עד שתצא נפשו באומר סוכה איני עושה אבל הלוחה אינו נפטר מחיובו בכך וחייב בבא לצי"ש וכו' עכ"ל. וע"ע מש"כ בזה במהרש"ם ח"ב סי' רטו.

אך דברי הר"ן הם במשכון שניתן כביטחון לחוב והחיוב להחזירו תלוי בפירעון החוב, עיי"ש בדעת הרמב"ן שהביא הר"ן ובהמשך דברי הר"ן. משא"כ ביחס לחובה אחרת שאינה קשורה ואינה תלויה בחובה של שכנגדו. ובוה חזרנו לדין שזה גובה ושוה גובה, דהיינו כל אחד דן בנפרד על מילוי חובתו, ולעיל הבאנו דוגמא לכך מסוגיית נוקקין לתובע תחילה.

אמנם, ראיתי לאחר מהאחרונים שכתב להתיר עיכוב חליצה למרות שהיבם מחוייב בחליצה, כל עוד היבמה לא

אשתו, האם הבעל רשאי למרוד באשתו מכח דינא דעביד איניש דינא לנפשיה. וכתב שאינו רשאי כל עוד אין הלכה המתירה לו למרוד בנסיבות אלו ובית הדין אינם פוסקים כן. וכתב שאין ראייה מדברי הבית מאיר להתיר לו למרוד, מאחר שדברי הבית מאיר מתייחסים רק כשעושה כן כדי להביא לידי גביית מזונותיה.

במסקנת דבריו, העלה הג"ר יוסף כהן ז"ל לתלות את הנידון בדבריו, במחלוקת הב"ש והח"מ (אליבא דתשובת מיימוני), והיינו לפי דרכו בדעת הח"מ, אך למבואר לעיל אין מחלוקת.

ולפי זה, הטעם שהרמ"א הורה שהחתן שכבר נשאה, לא יוכל לעכב מילוי חובתו מכח דינא ההלכה דעביד איניש דינא לנפשיה, מפני שגם במקום שאדם רשאי לעשות דין לעצמו, היינו שעושה את אותו מעשה שהיה נעשה על ידי בית הדין, גם בלא פנייה לבית הדין, עיין מהרי"ק שרש קסא (בתחילתו), ועיין לשון הרמב"ם פ"ב מסנהדרין הי"ב ובמש"כ בביאורו ובביאור שיטת הרא"ש בספר שם דרך (להגרש"ז ברוידא ז"ל) עמ"ס ב"ק סי' נו ובספר קונטרסי השיעורים (להגר"י גוסטמן ז"ל) עמ"ס ב"ק שיעור טו.

ובנסיבות שבהן בית הדין לא היה מורה לנקוט באמצעי מסויים, אין הלכה של עביד איניש דינא לנפשיה ולא יוכל להחשב כעושה דין לעצמו. על כן החתן אינו רשאי שלא למלא חובותיו, מאחר שאין בכך עשיית הדין שהוא פירעון חוב הנדוניא.

אמנם אם הכלה בגדר "אינה ציית דינא", יכול לכוף אותה להסכים לציית לדין. וה"ה במקרה שהבעל או היבם מחוייבים בגט או בחליצה, אם האשה "אינה ציית דינא", הרי שבכך כופה אותה להיות ציית דינא, ובכך מתפרשות תשובות שב יעקב שיבת ציון ואגרות משה הנזכרות לעיל. אך לאחר שהיא מציינת לדין, אלא שאינה מסוגלת לשלם, או שעדיין לא הושלם בירור התביעה כנגדה, בנסיבות אלו עיכוב הגירושין או החליצה לא היה יכול להקבע כפסק דין הולם לתביעתו כנגדה, ולכן עליו למלא חובתו לתת גט או חליצה, ואינו יכול להיתלות בהלכה זו של עביד איניש דינא לנפשיה.

יתירה מזו, באותם מקרים שבהם תביעות ממון הדדיות, יש מקרים שהנתבע רשאי לעכב פירעון חובו עד שהתובע יפרע חוב אחר לנתבע. במסכת ב"ק מו: נאמר - מניין שאין נוקקין אלא לתובע תחלה. ופרש רש"י כגון ראובן תובע משמעון מנה שהלוהו ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת או משכון היה בידך ונפחת מדמיו שנשתמשת בו בתחילה נוקקין לטענת ראובן ומוציאים לו המנה משמעון, ואחר כך נוקקין לו לטענת שמעון לדון על דבר התפיסה והמשכון.

ובתוספות רי"ד כתב – "נ"ל דוקא אם טוען הנתבע כי יש לי אצלך מטלטלין או אתה מחזיק בקרקע שלי בחמס, ולא אעשה לך דין עד שתעשה לי דין אתה תחלה, התם ודאי אמרינן שאין נוקקין לתובע תחלה, מפני שהמטלטלין

לפרנס את שתייהן, אין לו כל זכות בנכסים שהיא גובה בהם כתובה ונדוניה, וכשאינו לו כל טענת ממון, יש לכפותו על חליצה ולא יוכל לעכבה, ע"כ עיקרי דברי תשובת צל הכסף. אך לפי מה שהתבאר לעיל, דבריו צ"ע. מאחר ולפי הביאור שכתב הגרע"א ז"ל בסוגיא בכתובות, הטעם שיוכל לעגנה נובע ממה שאנו קובעים שהתחייבויות תלויות ומותנות זו בזו, על כן קיימת אומדנא דמוכח שהתנאי שהחתן התנה שגם אם האב לא יתן את מה שפסק, הכלה תחוייב כל עוד ידה משגת. וגם אם נחלקו הפוסקים באיזה מקרה דיבר הרמ"א, החתן רשאי לטעון קים לי כדעת הב"ש, שהרחיב את מסגרת התנאים שהותנו בזמן הפסיקה. ואדרבה מוכח מדינו של הרמ"א שפסק אם נשאה לא יוכל לבגוד, שלא יוכל לעשות דין לעצמו, וכאמור לעיל. ולעיל הבאנו כמה ראיות לסתור סברא זו של צל הכסף.

מסקנת הדברים

שיטת מהרשד"ם היא שבעל המחוייב בגירושין רשאי להתנות תנאי בגירושין, תנאי שנקל לקיימו. אך רבו החולקים על שיטתו, הן בראשונים והן באחרונים. אם האשה מחזיקה בידה ממון בעלה שלא כדין, הבעל רשאי לעכב את מתן הגט עד שיובטח שהאשה תציית לדין ויתקיים דיון בתביעתו. אך לאחר שהובטח שהאשה "ציית דינא", יש לדון בטענות הבעל בנפרד, ואין בהם עילה לעיכוב הגירושין עד שיקבל את המגיע לו.

סימן צב

חיוב גירושין לבעל אלים

הבעל הודה באלימות, אך סרב לתת גט, וטען שיעשה מאמץ לשפר את דרכיו. יצויין כי במסגרת תקופת המאסר הוצע לבעל להיכנס למסגרת טיפולית למניעת הרגלי אלימות, אך הבעל סרב. בדיון הרביעי הבעל הודיע בנחרצות שלא יתן גט, וכי הוא מוכן לשבת בכלא גם עוד עשר שנים, אך לא יסכים לתת גט. האשה הודיעה שהיא מאד פוחדת מהבעל מאחר והוא מתנהג בצורה לא הגיונית והיא חוששת לחייה, מאחר והוא אינו שולט במעשיו. בית הדין התרשם באופן ברור שהאשה פוחדת מהבעל פחד אמיתי, ובלילה חרדה עמוקה מהרגע בו הבעל ישתחרר מהמאסר. יצויין כי בתיק הגירושין שלפנינו, מצויים אישורים רפואיים על החבלות שהבעל גרם לאשתו. בית הדין נדרש לשאלה, האם ניתן לכפות על הבעל גט באמצעות מאסר, ואת"ל שאין לכפותו ע"י מאסר מה הם האמצעים שניתן לנקוט במקרה זה.

תתן לו את הנכסים שירש מאחיו שנפטר, המוחזקים ברשותה, אם יש לו בהם זכות לדעת מקצת הפוסקים. בשו"ת צל הכסף (להג"ר אברהם גיטיניו ז"ל) אה"ע סי' יג (דף פח.) כתב – "כיון דהיבם יש לו טענה על הנכסים עצמם שתפסה יבמתו מנכסי בעלה שהם שלו, הרשות בידו לכנוס לביתה ולחטוף מידה ורשותה בכח הזרוע בלי הכאה כל מה שתפסה מנכסי בעלה. וכיון שכן, כל טעדי דמצי למיעבד כדי להוציא הנכסים מידה מצי עביד. וכל שכן לעכב חליצתה כדי שתתן לו הנכסים שהיא תפוסה בהם ... וכיוצא בזה מצאתי שיכול לעגן אשה בשביל זכות ממון שיש לו בידה ואפילו שהוא מחלוקת בין הפוסקים אם יש לו זכות ממון שהוא תובע. והוא דעל מה שפסקו כל הפוסקים ומרן מכללם באה"ע סי' נב הלכה כאדמו"ר. ועיי"ש שהביא מדברי הרמ"א שאם ידה משגת צריכה לתת ואינה יכולה לומר או כנוס או פטור. והביא מחלוקת הב"ח והב"ש אם הרמ"א פסק דינו אף בפסק אביה שלא במעמדה, והביא מהאחרונים שהסכימו שאף שהדבר במחלוקת הפוסקים, יכול לעגנה עד שתתן לו מה שפסק עם אביה. ובמסקנת דבריו כתב בתשובת צל הכסף – "ולדאתאן עלה, הנה מהאמור עלה בדינו דאף אם היינו יכולים לכופ לילבם לחלוץ, בצירוף כת הסוברים דכופין בטענת מאיס עלי, היתה צריכה ליתן ליבם כל שבידה מנכסי בעלה, ואפילו בלאותיה הקיימים, וכל זמן שאינה נותנת הרשות בידו לעגנה". אלא שאם הדין מחייב אותו לחלוץ והיא אינה כמורדת, כגון ביבם נשוי שאינו יכול

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין. בני הזוג נשואים שמונה וחצי שנים ולהם שני ילדים. הבעל כעת כלוא בבית הסוהר לאחר שהורשע בבית המשפט ונשפט לתקופת מאסר של 18 חודש. הבעל הורשע בעקבות הודאתו בהכאת אשתו בחלקי גופה השונים ובהטחת ראשה בקיר, וכליאתה בבית כדי שלא תוכל לצאת מהבית. כמו כן כחצי שנה קודם לכן הבעל נשפט על עבירה דומה ונגזר דינו למאסר של שבעה חודשים על תנאי לשנתיים, כאמור לאחר כחצי שנה, הבעל שב והכה את אשתו. בין הצדדים התקיימו ארבעה דיונים. בדיון הראשון האשה סיפרה - "תמיד היו מקרי אלימות הוא היה מכה אותי או שובר חפצים, בתחילה זה היה פעם בחדש לאחר מכן הפוגה וחוזר ... בפעם האחרונה הוא חבט את הראש שלי בשירותים, הוא תמיד חבט בי בכל מיני צורות ... אי אפשר לחיות איתו כך, אני פוחדת להגיע למצב שאקבל מכות שלא אוכל לקום מהם".

בעל המכה את אשתו

שיטות הראשונים

להלן כמה תשובות בראשונים בשאלת בעל המכה את אשתו, ובהמשך דברינו נעמוד על ההבדלים בין השיטות השונות.

א. התשובה הראשונה היא בתשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד סי' מב תשובת רבי יוסף בן אביתור - "וששאלתם, אשה שאמרה אי אפשי בפלוני בעלי שהוא מכה אותי ומצער אותי ונמצא הדבר אמת ובקשה ממנו, גט, כופין אותו ליתן גט או כופין אותה לישוב תחת בעלה, ואם מצער אותה בחנם תצא בכתובתה כולה או לא.

הווי יודעין, שאם נתקיים הדבר בעדים שהכה אותה פעם ופעמים חייבין בית דין להוכיחו על כך, ולומר לו הוי יודע שאי אתה רשאי להכותה ואם שנית באולתך תצא בכתובתה, ומשהין אותה עמו על יד נאמן ואם שנה באולתו תצא בכתובתה. שכך אמרו חכמים לחיים נתנה ולא לצער נתנה. ואם אמרה היא איני רוצה להשהותו על יד נאמן, משפטה כמשפט מורדת ונוטלת נדונייתה ויוצאה. ואעפ"י שנמצא הדבר אמת שהכה אותם פעם ופעם כמו שפרשתם אין אנו כופין את הבעל ליתן לה גט ולהגבותה כתובתה עד שיתרו בו בית דין וזקני הקהל, ויאמרו לו הוי יודע שמקויים עליך בשטר כתובתה שתכבדנה ותזוננה כדכתב בכתובתה ואנא אפלא ואוקיר ואיוון, וכשמקבל עליו התראה ומשהין אותו על יד נאמן, אם מעיד אותו נאמן ששנה באולתו מגבין לה כתובתה."

ועיין בתשובת הרשב"א חלק ז' סי' תעז שהביא תשובה זו.

ב. באור זרוע (ח"ג סי' קסא) בפרק המניח כתב - "אם היה רגיל להכותה ולהזותה ברבים כופין אותו להוציאה. וכבר היה מעשה באחד שהיה רגיל תדיר להכות את אשתו, ונשאל מו"ר רבינו שמחה זצ"ל והשיב שכופין אותו להוציאה, ז"ל ... קבל לפנינו ר' ירמיה על חתנו שהיה מכה את בתו תדיר ומבזה אותה בפריעת ראשה שלא כדת יהודים, דלחיים ניתנה ולא לצער ... אמנם צריך כפרה גדולה ותכבירו עליו להבא לפי הנראה בעיניכם שיכול לעמוד שיהא מותרה ועומד מכאן ולהבא ... ואם לא יעמוד הבעל בקיום השלום שיוסיף להכותה ולבזותה, אנו מסכימים אחריכם להיות מנודה בבי"ד העליון ובבית דין התחתון, ויעשוהו על ידי גויים לתת גט עשה מה שישאל אומר לך, כי כן הסכמתי עם חברי שיהא גט מעושה בגויים כזה כדין. אפילו לשמואל דאמר בפרק המדיר עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון, ה"מ מזונות שיש בידינו לעשות תקנה לדבר דיורדין לנכסיו וזנין אותה. אבל להכותה ולבזותה שענייה זו אסורה בידו ואין בידינו לעשות תקנה לדבר, אפילו שמואל מודה דאין אדם דר עם נחש בכפיפה ... והכאות קשה לסבלן, מההיא דהמדיר את אשתו מלהנות ... אע"ג דבירושלמי פרק אלמנה ניזונת ובירושלמי דיש מותרות

דחינן ליה לשמואל דאמר אין מעשין אלא לפסולות שמענו שמוציא שמענו שכופין בתמיה, פירוש יוציא דתנן במתניתין, ובברייתא יש יוציא שמשמע בלא כפיה גם יש יוציא שהוא בכפיה. הכונס את יבימתו ונמצאת מעוברת בזמן שהולד של קיימא יוציא ... ואם נראה בעיניכם שאין עצת שלום מתקיים ביניהם תפייסוהו כחכמתכם לגרש מרצונו, ואם לא יאבה יקוב הדין את ההר, ותעשוהו כתורת עשה מה שישאל אומרים לך."

תשובת רבינו שמחה הודפסה גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' תתקכז (בשינויים קלים). ובשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קכז נמצאת תשובת הר"ר מנחם בן הקדוש ר' אברהם, ובתוך דבריו כתב - "ורבינו שמחה כתב בתשובה על אחד שהכה את אשתו ונתפייס עמה. וז"ל ואם לא יעמוד הבעל בקיום השלשה ויוסיף להכותה ולבזותה. אנו מסכימים להיותו מנודה בבי"ד העליון והתחתון. ויעשוהו ע"י גויים לתת גט ולצוותו עשה מה שישאל אומר לך. כי כן הסכמתי עם חברי שיהא גט מעושה בדין אפילו לשמואל דאמר עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון. הני מילי מזונות שיש בידינו לעשות תקנה לדבר שיורדין לנכסיו וזנין אותה אבל במקום שאין לעשות תקנה לדבר לא עכ"ל. ועוד האריך הרבה. עכ"ל, ומבואר שהמשיב, הר"ר מנחם, הסכים עם פסק זה של רבינו שמחה. וכן הובא פסק זה בקצרה בהגהות האשר"י בפרק המניח סי' י'.

ג. בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סי' פא כתב - "כן נ"ל, כל בן ברית חייב לכבד את אשתו יותר מגופו עולה עמו ואינו יורדת עמו, בעולת בעל כתיב בעלייתו ולא בירידתו, לחיים נתנה ולא לצער, ומספר כתובה נלמד אנא אפלא ואוקיר ואיוון. והמכה את אשתו מקובלני שיש יותר להחמיר בו מבמכה את חברו. דבחיבירו אינו חייב בכבודו ובאשתו חייב בכבודה, ודרך הגויים בכך, אבל חלילה וחלילה לשום בן ברית מעשות זאת. והעושה יש להחרימו ולנדותו ולהלקותו ולעונשו בכל מיני רידוי ואף לקוץ ידו אם רגיל בכך, כי הא דרב הונא קץ ידא (סנהדרין דף נח ע"ב) אפילו בבבל. אע"ג דאין דנין דיני קנסות בבבל, מכין ועונשין שלא יקילו ראשם בכך. ואם היא רוצה לצאת יוציא ויתן כתובה. ובתשובות הגאונים מצאתי ושכחתי שם הגאון, והאשה שקובלת על בעלה אי אפשי לדור עם אמך ואחיותך המחרפים ומגדפים אותי חייב הבעל להוציאה משם לגור בבית אחר ואם לאו יוציא ויתן כתובה, דאמר קרא היא היתה אם כל חי לחיים נתנה ולא לצער."

והבית יוסף אבן העזר סי' עד בסופו כתב - "מצאתי בספר מישרים נכ"ג ח"ה (נח ע"ב) בשם הרמ"ה, אם חבל בה הבעל יש יכולת לב"ד ליסרו ולהחרימו ולנדותו ולהלקותו ולרדותו בכל מיני רידוי ולקוץ ידו אם רגיל בכך כי הא דרב פפא קץ ידא כי חייב לכבדה יותר מעצמו או יוציא ויתן כתובה עכ"ל, וכפי הנראה ט"ס ברבינו ירוחם וצ"ל הר"מ וכוונתו לתשובה זו שהבאנו.

ר"ל שמתמיד להכותה, שאין נאמן לטעון שהיא גורמת, שהיא מקללתו בפניו. דלאו כל כמיניה לאחזוקה בפרוצה. וכענין שאמרו פרק המדיר (דף ע"א): ע"מ שלא תלך לבית המשתה, יוציא ויתן כתובה, מפני שנועל דלת בפניה. ואם היה טוען משום דבר אחר, רשאי. ואמר עלה בגמרא מאי דבר אחר, אמר רב יהודה אמר שמואל מחמת בני אדם פרוצים המצויין שם. אמר רב אשי לא אמרן אלא דאתחזק. אבל לא אתחזק, לאו כל כמיניה לאחזוקי אינשי בפריצי".

ביאור שיטות הראשונים

נראה שלפנינו שלש שיטות שונות. השיטה הראשונה היא שיטת רבי יוסף בן אביתור, המיוסדת על שיטת הגאונים שתקנו לכפות בעל לגרש את אשתו כשאינה רוצה בו, וכפי שהובא ברי"ף במסכת כתובות פרק אע"פ בסוגיית מורדת. ועל כן בתשובה זו אין המשיב - רבי יוסף בן אביתור, מסופק בסברת השואל האם כופים לגרש, וכתב שגם "אם אמרה היא איני רוצה להשהותו על יד נאמן, משפטה כמשפט מורדת ונוטלת נדונייתה ויוצאה", דהיינו כופין אותו לגרש ואינה מפסידה נכסי צאן ברזל, וכדין מורדת שתקנו הגאונים. אך כתב שאם "מקבל עליו התראה ומשהין אותו על יד נאמן, אם מעיד אותו נאמן ששנה באיולתו מגבין לה כתובתה".

ומבואר שדין ההתראה לשיטה זו הוא רק לענין הממון, שבלא התראה אין מחייבים אותו בתשלום הכתובה. ועיין בביאור הגר"א סי' קנד שמקור הלכה זו של התראה הוא בדין עוברת על דת. דהיינו כשם שעוברת על דת אינה מפסידה כתובה אלא לאחר שהתרו בה כמבואר במסכת סוטה דף כה.

ובספר שואל ונשאל (לרבי משה הכהן כלפון) חלק ו' אה"ע סי' פב ציין לתשובה זו שבספר שערי צדק, וכתב על זה - "ולענין לכופו על גט ... ומדברי תשובת הגאונים צ"ע בזה דלאו רישיה סיפיה".

ואמנם תמיהתו ברורה למעיין, שבתשובה זו בתחילה נכתב "אין אנו כופין את הבעל ליתן לה גט ולהגבותה כתובתה עד שיתרו בו" וכו', משמע דבלא התראה אין כופין לגרש ולתת כתובה. ובסוף דבריו כתב "וכשמקבל עליו התראה ומשהין אותו על יד נאמן אם מעיד אותו נאמן ששנה באיולתו מגבין לה כתובתה" ולא הוזכר כלל הכפיה על הגירושיין. אך לפי המבואר לעיל, פשוט שתשובה זו היא בהמשך לשיטת הגאונים המפורסמת לכפות גירושיין באומרת לא בעינא ליה, ופשטה תקנה זו במשך כל תקופת הגאונים כמבואר בתשובת רב שרירא גאון שהביא התוספות רי"ד במסכת כתובות דף סד, ועל כן למרות ששאלת השואל המתייחסת גם לכפיה על הגט, ללא ספק שעיקר הדיון בתשובה הוא על חיוב הכתובה, דהיינו האם כופין לתת גט אך הפסידה כתובה כדין מורדת, או שלא הפסידה, ובזה כתב שבלא התראה מוקדמת לבעל, האשה תחשב כמורדת.

ובשלטי הגבורים על המרדכי במסכת כתובות פרק רביעי כתב (באות ט') - מצאתי תשובת הר"ם וז"ל - "היכא שהבעל רגיל להכות את אשתו והיא בקשה להבטיחה שלא להכותה עוד ולא רצה להבטיחה, אך רצה להוסיף על חטאתו פשע והתרו בו עוד להבטיחה שלא להכותה ולא קבל ... מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהיה חפץ להכותה כיון שעבר ושנה ושלש בזה נעשה לו כהיתר ... ובפחות מזה כתב רב פלטי גאון יוצא ויתן כתובה וז"ל והיכא דארגילאי קטטה ... ואם הוא מרגיל יש לה כל כתובתה, מרגילים בני הבית כגון חמותה ובת חמותה יש עליו מן הדין להוציאה למקום אחר דאין אדם דר עם נחש בכפיפה ואם מוציאה וגרשה נותן לה כל כתובתה, וכן הלכה וכן מנהג עכ"ל. וגדולה מזו אמרו המדיר את אשתו שלא תטעום כו' עד ל' יום יעמיד פרנס, יותר מכאן יוציא ויתן כתובה, ואוקמינן במספקת לדברים קטנים דרגילה בהו בי נשא וקא מגלגלה בהדיה, דאמרה ליה עד האינדא דלא אדרת מגלגילנא בהדך, השתא דאדרתן לא מצינא דאגלגל בהדך טפי מל' יום דשמעו בי אינשי חילא בי מלתא. כ"ש וכ"ש בן בנו של ק"ו דזילא בי מילתא טובא שהוא מכה אותה דאיכא בושט וצער וגנאי הוא לה ולכל משפחתה ... וכן המדיר אשתו שלא תשאל נפה וכברה ורחים יוציא ויתן כתובה שמיאיה שם רע בשכינותיה, כ"ש שאינו רשאי להכותה, ואם אינו רוצה להבטיחה שלא יעשה עוד, יוציא ויתן כתובה. ומיהו אימלוכי בעי אי יוציא ויתן כתובה או תקח מזונות אנה שהיא רוצה. ואינו יכול להכריחה להיות בביתו בבזיון ולדור עם נחש בכפיפה. ודמייא להא דתנן בפרק הנושא, אלמנה שאמרה אי אפשי לזון ... היתה טוענת מפני שהיא ילדה והם ילדים זנים אותה והיא בבית אביה. ה"נ כיון דאית לה טענה מעלייתא שאין לה לסבול אצלו מכות וצערות בזיון חייב לפרנסה בבית אביה או במקום אחר שהיא רוצה".

ד. בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קב כתב - "אין לבעל להכות ולענות אשתו. דלחיים ניתנה ולא לצער. ואדרבא, צריך לכבדה יותר מגופו. ואם טען שהיא מקללתו, ב"ד חוקרין ושואלים לשכנים מי הגורם. ואם הוא מכה ומצער שלא כדין, והיא בורחת, הדין עמה. שאין אדם דר עם נחש בכפיפה. זכר לדבר הגר. אבל אם מקללתו חנם, הדין עמו. דהא מקללת בעלה בפניו, מן היוצאות שלא בכתובה. ומ"מ, אם הדבר מסופק לבית דין מי הוא הגורם, או אפילו הגיעו לדבר ברור שהבעל מכה שלא כדין, איני רואה שיכולים בית דין להשביעו שלא לעשות כן. אלא גוערים אותו ומייסרין, ומודיעין שאם יכה שלא כדין, שיהא חייב להוציא וליתן כתובה. שאפילו על שאר דברים שאין לה כ"כ צער, כגון שמדירה שלא תלך לבית אביה, או לבית האבל, או לבית המשתה, או אפילו שלא תשאל נפה וכברה מחברותיה, או שלא תשאל להם, הוא מוציא ונותן כתובה. כ"ש במכה ופוצע ומצערה בגופה. וקרוב בעיני הדבר, שאם ידוע שהוא מכה אותה שלא כדרך בנות ישראל ההגונות,

הרמב"ן, ומיד אח"כ כתב שאין לסמוך על דברי רבינו שמחה ואור זרוע לכפות כיון שלא נזכרו דבריהם באחד מהפוסקים המפורסמים, ומדבריו אלו עולה בבירור שסבר בדעת הרמב"ן שאין מקום לכפיה גמורה.

אך הרמ"א בדרכי משה שכתב בפשיטות "ואיני רואה בזה דבריו כלל דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כל שכן שהרמב"ן ומהר"ם הסכימו בתשובותיהן בענין הכאת אשתו", הרי שנקט בפשיטות בדעת הרמב"ן ומהר"ם מרוטנבורג כדעת רבינו שמחה. ובע"כ דנקט הרמ"א בדעתם כסברת החזו"א.

וע"ע בביאור הגר"א סי' קנד ס"ק סה שכתב - "דכל שמפורש בהדיא ודאי כופין בשוטים. וכן הנך דסעיף א' ודסעיף ג' ודסעיף י". הרי מפורש דכל הנך דסעיף ג' כופין בשוטים.

ובשו"ת דבר אליהו סי' עג בתוך כדי דיון בדברי הרמ"א סעיף א' בשם האגודה, כתב - "אח"כ ראיתי בביאור הגר"א (סי' קנ"ד אות סה) על דברי הרמ"א אבל אם יש לו אשה בעבירה לכו"ע כופין בשוטים, כתב הוא ז"ל וז"ל דמפורש בהדיא בכתובות שם וכו"ל דכל שמפורש בהדיא ודאי כופין בשוטים, וכן הנך דסעיף א' ודסעיף ג' ודסעיף י' עכ"ל. ומדלא חילק וכתב סתם, כוונתו על כל הסעיף, הן על המחבר והן על הרמ"א שהביא בשם האגודה".
וה"ה כוונת הגר"א לכל המובא בסעיף ג'.

תשובת התשב"ץ בחלק ב' סי' ח'

בספר יד אהרן על אה"ע סי' קנד כתב על דברי הבי" שאילו ראה הבי" את תשובת התשב"ץ בח"ב סי' ח' לא היה כותב שאין לסמוך לפסוק כפיה כיון שלא נזכרו הדברים בשום אחד מהפוסקים המפורסמים.

וז"ל התשב"ץ ח"ב סי' ח' - "עוד שאלת, אשה שבעלה מצער אותה הרבה עד שמרוב הצער היא מואסת אותו והכל יודעים בו שהוא אדם קשה הרבה והיא אינה יכולה לסבול אותו לרוב הקטטות והמריבות, וגם שהוא מרעיבה עד שהיא שנאה את החיים, והיא אינה יכולה לבא לבית דין מפני שאחד מבעלי ההוראה הפחידה שאם תשאל כתובתה בב"ד שתפסיד אותה הודיענו מהו הדין בזה.

תשובה קרוב הדבר בזה שיוציא ויתן כתובה, דקי"ל לחיים ניתנה ולא לצער דנפקא לן מקרא דכתיב כי היא היתה אם כל חי בפרק אע"פ. ואפילו במדיר את אשתו בדברים שאין לה צער כ"כ אמרינן יוציא ויתן כתובה כדאיתא בהמדיר בהרבה מקומות דוק ותשכח. כ"ש בצער תדיר שיש לנו לומר יוציא ויתן כתובה, לפי שאין אדם דר עם נחש בכפיפה. ואע"ג דבאומר איני זן ואיני מפרנס פסק הרי"ף ז"ל דלא יוציא ויתן כתובה התם היינו טעמא משום דאפשר בתקנה עד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון. אבל הכא מעוות לא יוכל לתקון הוא ומקרא מלא דבר הכתוב טוב פת חרבה ושלוה בה מבית מלא זבחי ריב, ועוד כתוב טוב

על כן למעשה אין מקום להסתמך על שיטה זו לענין הכפיה לגרש, מאחר ולהלכה ולמעשה נקטינן שלא לכפות גירושין עפ"י תקנת הגאונים.

שיטה שניה היא שיטת רבינו שמחה הסובר דמדינא דגמרא יש מקום לכפות כפיה גמורה בבעל המכה ומבזה את אשתו, ומבואר בדבריו שאף לשיטת רבינו חננאל שהובא בתוספות במסכת כתובות דף ע. (ד"ה יוציא), שאין כופין אלא במקום שמפורש להדיא שכופין, יש לכפות בנידון דידן, ולדעתו הירושלמי קאי על המשניות שנאמר בהן יוציא ויתן כתובה, אך בברייתא ובתלמוד יש מקומות שנאמר בהן יוציא והיינו כפיה, וה"ה בנידון דידן יש לכפותו כפיה גמורה. שיטה שלישית היא שיטת מהר"ם מרוטנבורג והרשב"א בתשובות המיוחסות לרמב"ן, שהזכירו בדבריהם רק חייב להוציא ולתת כתובה, אך לא כתבו שיש לנקוט בכפיה גמורה בשוטים.

מחלוקת הבי"י והרמ"א

הבית יוסף באבן העזר סי' קנד (בסופו) הביא תשובת רבינו שמחה שהובא באור זרוע ובהגהות האשר"י אך בסיום דבריו כתב - "ומכל מקום נראה לי דאין לסמוך על דברי ... רבינו שמחה ואור זרוע לכפות להוציא על דבריהם כיון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים".

והרמ"א בדרכי משה (אות כא) כתב "ואיני רואה בזה דבריו כלל דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כל שכן שהרמב"ן ומהר"ם הסכימו בתשובותיהן בענין הכאת אשתו והביאו ראיות ברורות לדבריהם וגם הסברא מסכמת עמהן. ומה שלא הזכירו בדברי הפוסקים אפשר לומר שהיה פשוט בעיניהם, וקל וחומר הוא מאומר איני זן וכו' וכמו שהוא בתשובות הנ"ל, ואף שלא היו בנמצא בימי הפוסקים הראשונים ולכן לא הזכירו, ולכן אין לדחות דברים ברורים בקש".

לכאורה דעת הרמ"א צ"ע במה שכתב "כל שכן שהרמב"ן ומהר"ם הסכימו בתשובותיהן בענין הכאת אשתו והביאו ראיות ברורות לדבריהם", שהרי אין מבואר בדבריהם כשיטת רבינו שמחה לכפות כפיה גמורה, אלא כתבו שדינו - "יוציא ויתן כתובה", ולשיטתם אין מקום לכפיה גמורה.

ונראה שדברי הרמ"א יתבארו עפ"י דברי החזו"א סי' קח ס"ק יד. וז"ל החזו"א - "ועיין בהגר"א לקמן סק"י בשם הרמב"ן בתשובה דלמדה מהא דמדיר את אשתו שלא תלך לבית אביה או לבית האבל ושלא תשאיל נפה וכברה כש"כ צערא דגופא, ואי מהתם לא שמעינן אלא כפיה במילי למאי דמחמרינן כדעת ר"ח. אבל אפשר דהכאה גריעא טפי, וכעין דאמר בירושלמי משום ריח הפה כופין משום חיי נפש לא כ"ש".

ונראה שהבי"י אינו סובר כסברא זו שכתב החזו"א. לאחר שהבי"י הביא את תשובת רבינו שמחה, ציין הבי"י לתשובת

וכן בשו"ת מהרש"ם ח"ה סי' לח כתב בתוך התשובה, וז"ל - "כפי הצעת השאלה, שהבעל איש משוגע וכל ימיה ציער אותה במדון וריב ואין אדם דר עם נחש כו', בודאי בכה"ג מדינא כופין אותו לגרשה. וכן מצאתי בתשובת תשב"ץ ח"ב סי' ח' שפסק להדיא דאם הבעל אדם קשה בקטטה ואינה יכולה לסבלו, ובפרט שאינו זנה דאפילו אם באה לבית דין ותובעת כתובתה, לא הפסידה כלום, כי אין אדם נתפס על צערו, וכופין אותו בשוטים לגרשה. והדיין שדן להיפוך מנדין אותו, יעו"ש כי דבר זה נעלם מהאחרונים. ועיין בש"ע סי' קנ"ד ס"ג באינו זן ורגיל לכעוס ולהוציאה מביתו דכופין להוציא, אבל דין תובעת כתובתה לא נזכר שם, וגם מבואר מהתשב"ץ דגם אם אינו מוציאה מביתו הדין כן".

אמנם המהרש"ם בתשובתו דן לענין ירושה, אך עכ"פ מבואר דפשיטא ליה דהתשב"ץ פסק לכפות לגרש.

הכרעת כמה מגדולי הפוסקים כדעת הב"י

כמה מגדולי הפוסקים נקטו למעשה כדעת הב"י, דלמעשה לא נקטינן כשיטת רבינו שמחה.

הכנסת הגדולה סי' קנד הגב"י ס"ק מט הביא את דברי הב"י הנ"ל וכתב - "וכ"כ בתשובות הגאונים סי' קלה וכ"כ הרב מהר"א די בוטון ז"ל בתשובת כ"י סי' לא, וכ"כ בנימין זאב בסי' פח דאין להקל באיסור אשת איש והבית דין שבאותו קהל יכריזו עליו נדוי אם לא ישוב או לומר לו שמותר לקרותו עבריינא וכ"כ הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קנז".

ובספר משחא דרבנותא חלק אה"ע ס"ז (דף קמד) כתב "ואגב באתי ג"כ לכתוב למזכרת על אשה המורדת בבעלה מחמת הכאות וקטטות, הנה בספר כנסת הגדולה" וכו', והביא שם את דברי הכנסת הגדולה הנזכרים והסכים עמו לפסוק כב"י, שלא לכפות בשוטים, אלא שאפשר לגבות כתובה.

והנה תשובת מהר"א די בוטון (בעל הלחם משנה) שהזכיר כנסת הגדולה נמצאת בספרו שו"ת לחם רב סי' לא, עיי"ש, שנראה מדבריו שהסכים למעשה עם דעת הב"י.

יצויין כי לשון השאלה שעליה נסובה תשובה זו אינה נמצאת בספר לחם רב אלא בשו"ת מהרש"ך ח"ב סי' קל, שהשיב באותו נידון, ושם נזכר כי הבעל "היה מזלזל בכבוד אשתו רחל ומכה אותה תמיד על לא חמס בכפה". ועיי"ש בתשובות מהרש"ך שגם הוא נקט למעשה כדעת הב"י, וכתב בלשון זו - "הנה מטעם הדבר שבא בתחילת ספור המאורע כי ראובן זה הנזכר היה מזלזל בכבוד אשתו רחל ומכה אותה תמיד על לא חמס בכפה, וגזרו על ראובן בגזרת נח"ש שלא ירים עוד ידו על רחל אשתו, ותהיה נאמנת לומר אם הכה אותה ועובר על החרם. היה מקום לומר שאפילו היו כופין ואונסין אותו להוציא לא היה גט מעושה, כי לפי מה שכתבו הגהות מיימון בסוף הלכות אישות, כה"ג הדין נותן שיכפוהו להוציא, וז"ל שם בשם הר"ם דעובר על דת ואפילו

ארוחת ירק ואהבה שם משור אבוס ושנאה בו. הרי שיותר קשה היא מריבה מחסרון מזונות, ואיזו טובה יש לאשה שבעלה מצערה במריבה בכל יום ויום. ואפילו לכוף אותו להוציא יש לדון מק"ו דבעל פולפוס דהשתא מפני ריח הפה כופין מפני צער תדיר שהוא מר ממות לא כ"ש. וכיוצא בזה הק"ו הזכירו בירושלמי (כתובות פ"ה ה"ז) על איני זן ואיני מפרנס וגם יש פוסקין באומר איני זן ואיני מפרנס כופין אותו להוציא ואם זה מרעיב אותה הרי הוא בכלל זה. וההפך שיש בין יוציא ויתן כתובה ובין כופין אותו להוציא הוא שכשאמרו במשנה יוציא ויתן כתובה הוא אין כופין אותו לגרש אלא מגבין אותה כתובתה ואם גירש מעצמו מוטב ואם לאו קרינא ליה עבריינא וכשאמרו כופין עושין בו כפייה אפילו בשוטי הכי מוכח בירושלמי וכ"כ המפרשים ז"ל זהו הנראה בזה. ואע"פ שיש בתשובת גדולי האחרונים ז"ל שאין כופין בזה כלל אגן לאו קטלי קני באגמא אגן ומלתא דתליא בסברא אין לדיין אלא מה שענינו רואות ואפשר שלא אמרו כן על כיוצא בזה הצער הגדול וכ"ש אם מרעיב אותה ... ומ"מ אם היא מרוב שיחה וכעסה הולכת לב"ד ותובעת כתובתה לא הפסידה כלום ... והדיין הכופה לחזור לבעלה אם מרדה כדין הישמעאלים מנדין אותו ושלום והטוב והישר בזה שיעשו דרך בקשה כמ"ש בנדרים בסופו (צ' ע"ב) על השמים ביני ובינך".

אך בשו"ת שואל ונסאל ח"ו סי' פא תמה על דברי היד אהרן וכתב - "ולאחר המחילה רבה אין הנידון דומה כלל, דלא כתב הרשב"ץ כלל לכוף ולגרש, רק מצדד ולא בהחלט, אלא שכתב דמנדין אותו, והטוב והישר שיעשו דרך בקשה. ועיקר שאלתו שם אם הפסידה כתובתה ע"ש. והוא פלא שחשב הרב יד אהרן ז"ל דדברי הרשב"ץ בהחלט נגד מ"ש מרן ז"ל וצ"ע".

ועיין בספר ויאמר יצחק (להגר"י וואליד ז"ל) אה"ע סי' קלה שכתב על דברי היד אהרן - "איהו גופיה לא כתב אלא בדרך אפשר, מה גם דההיא דהרשב"ץ ז"ל, משטחיות לשון אינו מוכרח שדעתו לכוף, ובפרט שבסוף דבריו כתב וז"ל והטוב והישר בזה שיעשו דרך בקשה כמ"ש בנדרים וכו' ע"כ, והכל הולך אחר החיתום".

ואמנם יש להעיר שמלשון התשב"ץ נראה שרק נוטה לומר כן, אך לא פסק כן הלכה למעשה לעניין הכפיה, אך בתשב"ץ ח"ד חוט המשולש טור ג' סי' לה (בסופו), לאחר שהביא תשובה זו ותשובות נוספות מהראשונים, כתב על דבריהם - "הנך רואה שהרא"ש ז"ל והטור ז"ל והרשב"א ז"ל והריב"ש ז"ל וא"ז הרשב"ץ ז"ל הם רוב בנין ורוב מנין מהמחמירים שלא לכוף בגט. והרי כולם הסכימו במה שנראה להם לפי אותו נדון לכוף, מר מחמת חשש שילך לעיר אחרת שלא מרצונה, ומר מחמת שמצערה ומשליכה מביתו, ומר מחמת מחלוקת וקטטה ורעבון", עכ"ל. מבואר שנקט בפשיטות בדעת זקנו הרשב"ץ, שהסכים הלכה למעשה לכוף בנידון שם.

המבואר ברמב"ם בסוף פרק ב' מהלכות גירושין, בכה"ג דמצוה לשמוע דברי חכמים נחשב כמגרש מרצונו, וצ"ב. ובשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' ס' (שציין הגרע"א בגיליון שו"ע לסי' קנד, בס"ק ב') לאחר שהביא את שיטת רבינו שמחה ואת פסק הרמ"א, כתב - "ואולם הרב מהרדב"ז בסי' קנו תמה על הוראה זו שכתב שכופין ע"י גויים, וכתב שהרשב"א והרא"ש חולקים יע"ש, וכן כתב הרב בנימין זאב סוף סי' פח ומהרש"ך ח"ב סי' קל ... שאין לכוף להוציא".

ובשו"ת מטה לחם חלק אה"ע סי' לא הביא מספר, אות היא לעולם תשובת אחד מרבני איזמיר שפסק למעשה כדעת התשב"ץ בתשובה הנ"ל (בחלק ב' סי' ח'), והוסיף שגם בתשובת חוט המשולש טור ג' סי' לה סמך למעשה על תשובה זו. אך הגר"ח"מ ז"ל בעל מטה לחם דחה הוראה זו וכתב עליו - "ואני תמיה עליו על רוב בקיאותו, איך לא נרגש מההיא דהרדב"ז ומהרש"ך". ובהמשך דבריו ציין שנידון הרדב"ז שהבעל הכה את אשתו חמור יותר מנידון התשב"ץ שאינו אלא צער קטנות. וסיים "מלבד דלפי דברי הרדב"ז הנזכרים, נראה לכאורה דליכא לפלוגי, ואף בזה אמרינן דעד שאתה כופהו על הגט כופהו על דברים אחרים, כגון לשלם ממון הכתובה או הקנס ושאר דברים שכתב הרב".

וכן מצינו בעניין זה תשובה לרבי משה פרובינצאלו (מחכמי איטליה, והרב החיד"א בספרו שם הגדולים כותב עליו - "מהר"ר משה פרובינצאל מרבנן קשישאי שבעיר מנטובה יע"א בזמן מרן והרמ"ע וסיעתם ... ובקונטרס שודא דדינא אשר תיקן במנטובה הרמ"ז ובית דינו בענייני הוראה כתוב שלא ישגיחו בתשובות אחרונים כי אם התשובות שרומזו הרב כנה"ג ומהר"ם פרובינצאל").

בשו"ת רבי משה פרובינצאלו (מהדורת מכון ירושלים) בסי' קג נשאל בעניינה של מרת רות בתו של הגאון מהר"ר יהושע בועז (בעל שלטי הגבורים ומסורת הש"ס ועין משפט) שהיתה נשואה לשמעון אחי אביה, והרב השואל כתב שלבעל אין גבורות אנשים, והוסיף "יודע הייתי בבירור המכות אכזריות שבעלה היה מכה אותה, כמו אכזר הכה ופצוע השכם והערב", כמו כן הבעל נשבע לגרשה וסרב לקיים שבועתו. הרב השואל האריך במו"מ בהלכה. ובדין בשאלת בעל המכה את אשתו כתב - "כיון דאיתחזק להרגיל קטטה ולהכותה מכה רבה עד החרמה, ידוע הוא שאין אדם דר עם נחש בכפיפה שאם לא ישכנו, ודין בעל המכה את אשתו אדוני יודע שהוא כתוב בהגהת האשרי פרק המניח ובשו"ת מהרמב"ן סי' ק"ב וממהר"ם סי' רצ"א ובמישרים נתיב כג ח"ה".

בתשובתו כתב הרב משה פרובינצאלו שלמעשה אין לכפות מצד טענת גבורות אנשים, אלא יש חיוב גט ופוסקים יוציא ויתן כתובה. והוסיף שם - "גם המצערה במכות כופים אותו לזונה חוץ לביתו או להוציא וליתן כתובה, ועדיין לא באו לכלל הכפייה על הגט". אלא שלבסוף פסק לכופו כפייה

מומר אין כופין אותו להוציא דטב למיתב טן דו אבל אם עבר על החרם שהוא כלפי דידה הגון שקבל עליו בחרם שלא להכותה או שלא להקניטה, וכה"ג ועבר כופין אותו להוציא. הן אמת כי אין לסמוך על ההגהה זאת לכוף להוציא, מ"מ לפחות יספיק שראוי לחייב לפחות לאיש העושה זאת להוציא".

מבואר בדעת מהרש"ך דאף בהצטרף מה שעבר על החרם עם מה שהכה אותה, אע"פ כן פסק לחייבו להוציא, אך לא לכפות בשוטים.

תשובת הרדב"ז שהזכיר בכנסת הגדולה נמצאת בתשובותיו חלק ד' סי' קנו (אלף רכח), ולהלן לשון הרדב"ז - "שאלה שאלת ממני אודיעך דעתי מי שרגיל להכות את אשתו ולבזותה תמיד בפני רבים מאי דיניה.

תשובה. הנה נמצא כתוב בשם רבינו שמחה שכופין אותו להוציא, והפריזו על המדה וכתב שיעשוהו על ידי עכו"ם עשה מה שישראל אומר לך עד כאן. אבל אני תמה על הוראה זו כיון שהגט מעושה, לא נמצאו בניה ממזרים ובמה הפקיעו אישות שבה. דבשלמא בעל פוליוס וחבריו ירדו חכמים לסוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול לפיכך הפקיעו חכמים קדושיה ע"י גט כזה, אבל הכא פעם מכה אותה ופעם משמח אותה פעם מבזה אותה ופעם מכבד אותה במלבושים נאים. ובשלמא כפייה בדברים או ע"י פירעון כתובה או קנס נוח, אבל כפייה בשוטים ע"י עכו"ם לא תהא כזאת. וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובה שאין כפייה אלא לאותם שמנו חכמים. וכן כתב הרא"ש ז"ל דליכא כפייה בשוטים. ולכן אין אני רואה לסמוך על הוראה זו, ועד שנכוף אותו להוציא נכוף אותו על ידי כתובה, דמצינו כפייה כזאת בגמרא, אלא כיצד יעשו מנדין אותו שלא יכה אותה אם חזר מוטב ואם לאו מכריזין עליו שהוא מנודה, אם חזר מוטב ואם לאו קונסין אותו בכתיבה, אם חזר מוטב ואם לאו עונשין אותו על ידי עכו"ם בגופו, שהרי עבר על פן יוסיף להכותו. וחובשין אותו מפני שהכה אותה, ואין מזכירין לו שיוציא את אשתו כלל. ואם עמד הוא מעצמו מחמת עונשו וגירש אין זה אונס שהרי הוא מביא על עצמו האונס מדעתו לא יכנה ולא יגרשנה. אבל לכוף אותו לגרש על ידי נידוי או שמתא או עונש הגוף וכל שכן על ידי עכו"ם אינו רואה ולא מסכים כלל. וקרוב בעיני להיות הולד ממזר. והנראה לע"ד כתבתי".

מבואר דפשיטא ליה לרדב"ז שבנידון דידן אין מקום לכפייה בשוטים, אלא במילי או בפירעון הכתובה או בקנס אחר.

אלא שיש להעיר במש"כ הרדב"ז - "דבשלמא בעל פוליוס וחבריו ירדו חכמים לסוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול לפיכך הפקיעו חכמים קדושיה ע"י גט כזה, אבל הכא ... כפייה בשוטים ע"י עכו"ם לא תהא כזאת". מדוע נקט הרדב"ז שמכח סברת אפקעינהו אתינן עלה, דלפי

נה ובחלק ו' חלק אה"ע סי' פא וסי' פב. וע"ע בשו"ת יביע אומר חלק ב' חלק אה"ע סי' י' סק"ב.

פסקי בתי הדין

בפד"ר חלק י"א עמוד 327 בפס"ד שניתן בבית הדין הרבני הגדול בירושלים בהרכב הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א הג"ר בצלאל זולטי ז"ל והג"ר שאול ישראל ז"ל. דנו בנידון של בעל שהכה את אשתו.

בפסק הדין נשוא העירעור פסקו שאין לחייב את הבעל במתן גט, אך ערעורה של האשה התקבל ובית הדין הגדול פסק לחייבו בגט.

וכך נכתב בפסק הדין שם - "הבעל, בטענותיו בפני ביה"ד האזורי, שחזר עליהם גם בפנינו, מכחיש את הטענות על המכות; פרט לפעם אחת שאמנם נחבלה בראשה עד זוב דם והוצרכה לתפרים בבית החולים, אולם זה היה שלא במתכוון, תוך קטטה, הסל שהיה בידה, ששניהם משכו בו, נזרק כלפי מעלה, ובקבוק בושם שהיה בתוכו פגע בראשה ופצעה.

עיינו בטענות הצדדים ובעדויות שבתיק, ונראה לנו, שהוכח בצורה מספקת שאכן הבעל הכה את האשה מספר פעמים. הוקראה לפנינו עדות הרופא, שאושרה גם ע"י הבעל שאכן זוהי קביעת הרופא (אלא שהיא מוכחשת על ידו), שהפציעה בראשה של האשה, שהצריכה טיפול רציני כנ"ל, לא היתה יכולה להיגרם ע"י פגיעת הבקבוק, כגירסתו של הבעל, אלא ע"י בעיטה ברגל וכיו"ב. כן מצויות עדויות של שכני הזוג המאשרות את גירסת האשה, על מכות נוספות. גם אם היתה איזו סיבה שהיא להתרגזות הבעל, כפי שהעלה בביה"ד, אין זה מצדיק בשום אופן הכאות, כמבואר בהלכה איש המכה את אשתו, עבירה היא בידו כמכה חבירו, ואם רגיל הוא בכך יש ביד ביה"ד ליסרו ולהחרימו ולהלקותו ... ואם אינו ציית לדברי ביה"ד י"א שכופין אותו להוציא. (שו"ע אבן העזר, סי' קנ"ד, ברמ"א).

ומקור הדברים בתשובות הרמב"ן (המיוחסות) סי' ק"ב, ח"ל - אין לבעל להכות ולענות אשתו, דלחיים ניתנה ולא לצער ... ואם טען שהיא מקללתו, ביה"ד חוקרים ושואלים לשכנים מי הגורם. ואם הוא מכה ומצער שלא כדין, והיא בורחת, הדין עמה שאין אדם דר עם נחש בכפיפה, זכר לדבר - הגר ... אפילו על שאר דברים שאין לה כל כך צער, כגון שמדירה שלא תלך לבית אביה או לבית האבל או לבית המשתה, או אפילו שלא תשאל נפה וכברה מחברותיה או שלא תשאיל להם, הוא מוציא ונותן כתובה, כל שכן במכה ופוצע ומצערה בגופה. וקרוב בעיני הדבר שאם ידוע שהוא מכה אותה שלא כדרך בנות ישראל ההגונות, ר"ל שמתמיד להכותה, שאינו נאמן לטעון שהיא גורמת ... דלאו כל כמיניה לאחזוקה בפרוצה וכו'.

ולכן, בנידון שלנו, דלאו כל כמיניה לאחזוקה בפרוצה וכו'.

גמורה לקיים את שבועתו, ובסיום התשובה כתוב הרמ"פ - "וברוך שהוציאה ממסגר וגלגל זכות על ידי זכאי".

עכ"פ למרות שהרב משה פרובינצאלו ראה את תשובת רבינו שמחה שהביא הגהות האשרי, לא פסק כוותיה מאחר וסבר שהרמב"ם ומהר"ם לא סבירא ליה כן, וכדרכו של הב"י, (אמנם הרמ"פ לא מזכיר את הב"י, אך ממה שהרב השואל מציין לדברי הב"י בסי' קנ"ד בעניין אחר, עולה שספר הב"י כבר היה מצוי אצלם, וכפי הנראה הרמ"פ ראה את דברי הב"י לעניין בעל המכה את אשתו והסכים עמו).

ובספר תשובות רבי עקיבא איגר מכתב יד סי' קז דן במקרה כדלהן - "וגופא דעובדא זה משך עשר שנים באה אשה אחת לבית הדין וקבלה על בעלה שמכה אותה מכות אכזריות ועל ידי בירור גמור שרצה להרגה בסכין שהוציא להעביר על צווארה, ואין רצונה לישוב תחתיו, ועפ"י רוב התאמצות מהבית דין נתפייסה לישוב עמו על ידי כתב התקשרות באם יחזור ויכה אותה אף על ידי גרמא דילה בדברה לו דברי חידודים, מחוייב לגרשה וליתן כתובה, ושמאמין עליו בזה עד אחד ואפילו אשה ומשרתת. אחר הימים זה ארבעה שנים יצאה מביתו בעלה לבית אביה ולא רצתה לשוב אליו עוד מחמת גודל וריבוי הכאות, ובטרם שבאה לבית דין הכניע עצמו בעלה ובא לבית חמיו ופיתה אותה בתחנונים ובבכיות והבטיחה שלא יעשה עוד כזה. וכעת ביום ב' ב' ניסן העבר באה לבית דין וצעקה ככרוכיא שמכה אותה תמיד והראתה זרועותיה מוכים בשינוי מראה בלויא פלעקין, והביאה עדים דהיינו משרתת ... ואמר צאי מביתי ודרסה בכרעיו, וברחה משם וברח אחריה ונטל אבן מהכירה וזרק אחריה ושיבר כלי חרס על ראשה ונתעלפה" עכ"ל הגרע"א בלשון המעשה, וכתב שם שהבעל הודה ביחס לחלק מההכאות והאשה טענה שסבלה ממנו עשרים שנה ואינה יכולה לסבול יותר, וסרבה לשוב ולדור עמו.

בתוך תשובתו כתב הגרע"א - "פסקנו שאינו יכול לכופה לדור עמו בכפיפה אחת ואין לה דין מורדת" - ועל דברי הרמ"א בסי' קנד כתב הגרע"א - "אף שקשה לעשות מעשה לכוף אגט, מ"מ עכ"פ יש לכוף על ידי גביית כתובה".

הגרע"א שלח את תשובתו זו להגאון בעל הבית מאיר, תשובת הבית מאיר נמצאת בשו"ת בית מאיר (הוצאת מכון ירושלים) סי' ג', ובפתיחת התשובה כותב הבית מאיר - "אף שעל גופי הגירושין אפשר דיש קצת להסתפק על פי דברי הב"י שם, מ"מ להוציא הכתובה ונדוניה מה"ת לספיק". ובהמשך סיכם הבית מאיר את דעתו וכתב - "ולכן לע"ד אין כאן ספק שחייב ליתן גט וכתובה ונדוניה. אך בזה יש קצת ספק מאחר שכתב הרמ"א ובלבד שמתרין בו תחילה פעם אחת או שתיים, אם הקישור שנעשה לו בפני בית דין יספיק כהתראה שתועיל, אבל יותר קרוב לי ששפיר מספיק".

וכן רבי משה הכהן כלפון בספרו שואל ונשאל פסק כמה פעמים שלא לכפות כפיה גמורה בנידון כזה, עיין בח"ב סי'

בכפיה גמורה, וכן פסק הרמ"א בשו"ע אה"ע סי' קנד ס"ג, וכן הסכים הגר"א בביאורו. אך הבי"ח חלק על הוראה זו ופסק שיש לפסוק שעליו להוציא ולתת כתובה, אך אין לכפות את הגט בשוטיין. בארנו טעם מחלוקתם, והבאנו שרבו הפוסקים שנקטו למעשה כדעת הבי"ח.

אמנם במקרה שבפנינו שעקב מעשיו הללו הבעל נכלא במאסר, קיימת עילה נוספת לחיוב הגירושיין, והיא עצם היותו במאסר בפשיעתו, ועיין להלן סי' צג שהארכנו בנקודה זו.

הבחנה בין אלימות שיש בה סיכון לאלימות אחרת

בספר ויאמר יצחק (להגר"י וואליד ז"ל) אה"ע סי' קלה כתב לחלק בדבר, ולאחר שהעלה לחוש לשיטת הבית יוסף, השיב אודות בעל שחבל באשתו במזלג שלוש השיניים, וכפי הנראה כוונתו לקילשון, וכתב – "הן אמת, דעם כל זאת עדיין יש לחלק ולומר דעד כאן לא אמרו הפוסקים הנזכרים דאין כופין אלא דוקא במכה מכות של צער בלבד, דאין בהם חשש סכנה, אבל הכא בנד"ד שהכה אותה במזלג, מכות המביאות לידי סכנה, אפשר דאף מרן ז"ל ודאולי בשיטתיה יודו דכופין. מ"מ אחר שלא נמצא חילוק זה בדברי שום אחד מהפוסקים ומהספרים המצויים אצלנו, לא מלאנו לבנו לעשות מעשה בכגון זה שהוא איסור חמור ולעשות גט מעושה".

אך בהמשך התשובה הוסיף הרב ויאמר יצחק שבמקרה שבו הבעל נקט באלימות קשה ואף איים להורגה, – "בכד"ג כו"ע יודו דכופין, דאנן סהדי שמחמת שהיתה שנואה בעיניו שכל ימיו היה בקטנות ומריבות עמה לא היה רצונו כי אם להתנקם ממנה, הוכיח סופו על תחילתו שעשה לה מעשים אשר לא יעשו ... והאשה הנזכרת היתה בסכנה גדולה ... ואם היתה הנשואת עם בעלה ודאי שהיתה בסכנה וחשש מות, דלאו כל שעתא ושעתא מתרחש ניסא".

ועי"ש שהוכיח כן מהפוסקים שנקטו טעם כפיית נכפה מפני הסכנה שבדבר, וכן הביא את תשובת חוט המשולש הטור השלישי סי' לה שכתב בזה באריכות. ולהלן דברי חוט המשולש במלואן – "אפילו לדעת האומרים שאין לכפות על הגט אלא באותם שהזכירו חז"ל כפייה, מ"מ ראיתי שהם עצמם מתירים לכתחילה לכוף כשיראה להם שהענין צריך לכך. שהרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הטור ז"ל (סי' קנ"ד) וז"ל אשה שנתיראה מבעלה שילך לארץ אחרת, ושואלת שיגרשנה או ישבע לה שלא ילך, והשיב הרב ז"ל שאם הוא רוצה לילך ישביעוהו שלא ילך או יכפאוהו לגרש קודם שילך. הנה משום חשש דשמא ילך ויתעכב, דן הרב שיכופו אותו לגרש. ועל תשובה זו סמכו הריב"ש ז"ל וא"ז הרשב"ץ ז"ל ובנו ז"ל ועשו מעשה. וגם הרשב"א ז"ל כתב בתשובה מי שמצער את אשתו ומשליכה מביתו כופין אותו להוציאה בגט. וכן א"ז הרשב"ץ ז"ל נשאל על איש שמצער את אשתו הרבה עד שמאסה אותו מרוב הקטנות והמריבות והכל יודעים שהוא קשה וגם שהוא מרעיבה וכו' והשיב

זוה גם לאחר שהזכיר, ולמרות שקיבל על עצמו להתנהג כהוגן, ושוב חזר על מנהגו (מה שגרם גם שבערכאה אחרת נאסר עליו להיכנס הביתה) – צודקת טענת האשה שאינה יכולה להמשיך לדור עמו יחד. ואעפ"י שבלשון הרמ"א נאמרה ההלכה בלשון י"א, לפנינו פסקו של הרמב"ן, ולא מצאנו מי שחולק עליו. אי לזאת אנו פוסקים הערעור מתקבל, והבעל חייב לגרש את אשתו בג"פ, עכ"ל בפסק הדין.

וכן פסקו בבית הדין בתל אביב, בראשות האב"ד הגר" ש"ב ורנר ז"ל, והובא פסק דינם בספרו משפטי שמואל סי' כג, ובסיום דבריו כתב – "מעתה בנידוננו שהבעל הודה בפני בית הדין שהכה וחבל באשתו, וגם אחרי התראת בית הדין שהזהירו אותו על חומר הענין ועל המסקנות שבית הדין יסיק ממעשיו אלו, והוא לא שת לבו לכל זה, וכבר הבאנו דברי הרשב"א שכתב "שהדבר הזה וכיוצא בו מסור כפי ראות עיני הדיינים כפי המקום וכפי השעה וכפי האנשים". לאור זאת פסקנו שיש לחייב לבעל שיתן ג"פ לאשתו, (אם יסרב בית הדין ידון אם יש לכופו על כך), וכן חייב במזונותיה ומזונות הילדים".

ועיין שם שקודם לכן קבע שהבעל אינו נאמן בטענה שאשתו החלה, וכמבואר בתשובת הרשב"א ח"ז סי' תעז וברמ"א סי' קנד ס"ג. והביא מדברי תשובת יביע אומר חלק ג' אה"ע סי' טו שאין מוציאים ממנו מזונות מספק שמא היא גרמה לכך, ודחה דבריו וכתב – "נראה ברור שאין לדון כאן מדין המוציא מחבירו עליו הראיה ... ושנאמר שעל האשה המוציאה להביא ראיה שהבעל הכה אותה מבלי שהיא היתה הגורמת לכך, כי הואיל והבעל מודה שהכה אותה הרי האשה בחזקת זכאית למזונות, ואינו יכול לפטור עצמו בטענה שהאשה היא שגרמה להכאות. והרי זה דומה להא דאמרו בב"ק צ"א ב' "תני רבה בר בר חנה קמיה דרב שורי הרגת נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להורגו אתה אמרת לי לקוצצו פטור. א"ל א"כ, לא שבקת חיי לברייתא כל כמיניה". וראה שם בשטמ"ק שם בשם הרמ"ה, דאם יש עדים שהרגו וקצצו אינו יכול לפטור עצמו בטענה אתה אמרת לי לקוצצו, אלא א"כ מביא עדים ... אם ידוע לנו על ידי עדים או שהודה, שהזיק, הרי בהודאתו נתחייב בתשלומין, שוב אינו יכול לפטור את עצמו בטענה אתה גרמת לי שאכה לך ... וכאמור זה טעמו של הרשב"א המובא ברמ"א שאם הודה הבעל שהכה או שיש עדים אינו נאמן שהאשה היתה המתחילה בריב ... הואיל והוא הודה שהכה את אשתו שוב אינו יכול לפטור את עצמו בלי הוכחות ועליו להוכיח שהיא היתה הגורמת, וכל עוד לא הוכיח יש לו דין של בעל המכה את אשתו שחייב במזונות, ולכופו גם להוציא כמבואר ברמ"א שם, אחרי שהותרה על כך".

העולה מדברינו שבשאלה זו של בעל המכה את אשתו מצינו שיטת רבינו שמחה וסיעתו שפסקו לכפותו בגט, אף

התראה בטרם יפסקו לחייבו

הרמ"א בשו"ע סי' קנ"ד ס"ג פסק לכפותו לגרש, וכתב בלשון זו - "איש המכה אשתו, עבירה היא בידו כמכה חבירו. ואם רגיל הוא בכך, יש ביד בית דין ליסרו ולהחרימו ולהלקותו בכל מיני רידי וכפייה, ולהשביעו שלא יעשה עוד, ואם אינו ציית לדברי הב"ד, י"א שכופין אותו להוציא, ובלבד שמתרין בו תחלה פעם אחת או שנים, כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם, ומעשה עובד כוכבים הוא".

מאחר ובנידון שלפנינו הבעל הוזהר מספר פעמים שלא להכות את אשתו ופעם אחת אף נשפט ונגזר דינו למאסר על תנאי במידה וינהג בה באלמות. ולמורת זאת חזר והכה אותה, ועקב כך הבעל כעת מרצה עונש מאסר של שנה וחצי, על כן יש לדון אותו כמי שהתרו בו.

ונראה דאע"פ שהתרו בו בסתמא שלא יוסיף להכותה, ולא התרו בו שאם יוסיף להכות יכפוהו לגרש, אפ"ה נידון כהתראה, וכמו כן נראה שאין צריך שיתרו בו דוקא בבית דין, אלא ה"ה אם התרו בו בעת מעצרו במשטרה או בבית המשפט שדן אותו על מנת להענישו על מעשיו.

וכן משמע שמסתימת לשון הרמ"א שלא כתב דוקא התראה בבית דין ודוקא שמתרין בו שאם יכה יכפוהו לגרש. וכן נראה ממ"ש הגר"א בביאורו על הרמ"א דבעינן התראה ולא גרע מעוברת על דת, ובעוברת על דת הסכמת הפוסקים דסגי בהתראה בלא שיאמרו לה מה יקרה אם תעבור על דת פעם נוספת, עיין בב"ש סי' קטו ס"ק יז ובפת"ש ס"ק יא בשם השבות יעקב שכך היא הסכמת האחרונים, עיי"ש. ולפי"ז אליבא דסברת הגר"א שיש להשוות בין הדברים, ה"ה בנ"ד סגי בהתראה בסתמא אף כשאין אומרים לו שאם יעבור על ההתראה יחייבו אותו לגרש. וכמו כן אין צורך שבית הדין עצמו יתרה בו, וכמו שמועילה התראה בעוברת על דת גם ללא בית דין.

וכן מוכח בראשונים שהביאו דין התראה. המקור הראשון להתראה הוא בתשובת הגאונים, כמו שהבאנו לעיל. אמנם בארנו שלענין הכפיה לגרש אין צורך בהתראה אליבא דהגאונים, וכתקנת מתיבתא, אך עכ"פ לשיטה זו ההתראה נחוצה לענין הפסד הכתובה, ובוה מבואר בתשובת הגאונים שההתראה מועילה גם בלא שיבארו לו מה הם ההשלכות הנובעות מכך שיחזור על מעשיו, ודי בכך שיאמרו לו מה הם חובותיו על פי שטר הכתובה. וז"ל התשובה שם - "אין אנו כופין את הבעל ליתן לה גט ולהגבותה כתובתה עד שיתרו בו בית דין וזקני הקהל ויאמרו לו הוי יודע שמקויים עליך בשטר כתובתה שתכבדנה ותזוננה כדכתב בכתובתה ואנא אפלח ואוקיר ואיוון, וכשמקבל עליו התראה ומשהין אותו על יד נאמן אם מעיד אותו נאמן ששנה באיולתו מגבין לה כתובתה".

וכן בתשובת רבינו שמחה כתב "ותטילו ביניהם שלום מקויים ומסויים ותבררו שנים או שלשה שיהיו מוכיחים ביניהם, וכל קבלה שיהיה להם זה על זה ישפטו הם, ואם

קרוב הדבר שיוציא ויתן כתובה כדקי"ל לחיים ניתנה ולא לצער כדנפקא לן מכי היתה אם כל חי בפרק אעפ"י (ס"א ע"א) ואפילו מדיר את אשתו בדברים שאינם לה כל כך צער קי"ל יוציא ויתן כתובה כדאיתא בהמדיר (ע' ע"א ל"א ע"ב) בכמה מקומות דוק ותשכח. כ"ש בצער תמיד כזה שיוציא ויתן כתובה, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ואעפ"י שבאומר איני זן ואיני מפרנס כתב הריא"ף ז"ל דלא יוציא ויתן כתובה, התם אפשר בתקנה, דעד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון, אבל זה מעוות לא יוכל לתקן דטוב פת חרבה ושלוה בה וכו' וטוב ארוחת ירק וכו' ויותר קשה המריבה מחסרון מזונות ואיזה טובה יש לאשה שבעלה מצערה בכל יום במריבה. ויכולין לכוף אותו להוציא ק"ו מבעל פולפוס, דהשתא מפני ריח הפה כופין, מפני צער תמיד מר ממות לא כ"ש. וגם יש פוסקים באומר איני זן שכופין אותו להוציא והמרעיב אותה הוא בכלל זה. וההפרש שיש בין יוציא ויתן כתובה לבין כופין אותו להוציא דכשאמרו יוציא ויתן כתובה אין כופין לגרש אלא מגבין לה כתובתה ואם גירש מעצמו מוטב, ואם לאו קרינן ליה עבריין וכשאמרו כופין עושים כל כפייה אפילו בשוטים, והכי מוכח בירושלמי וכן כתבו המפרשים ז"ל ואעפ"י שיש בתשובות גדולי חכמי האחרונים ז"ל שאין כופין בזה כלל לאו קטלי קני באגמא אנן ומילתא דתלייא בסברא אין לדיין אלא מה שעניו רואות ואיפשר שלא אמרו כן על כיוצא בזה הצער הגדול. מצורף לזה מה שמרעיב אותה וכו' עיין שם שהאריך בזה. הנך רואה שהרא"ש ז"ל והטור ז"ל והרשב"א ז"ל והריב"ש ז"ל וא"ז הרשב"ץ ז"ל הם רוב בנין ורוב מנין מהמחמירים שלא לכוף בגט. והרי כולם הסכימו במה שנראה להם לפי אותו נדון לכוף, מר מחמת חשש שילך לעיר אחרת שלא מרצונה, ומר מחמת שמצערה ומשליכה מביתו, ומר מחמת מחלוקת וקטטה ורעבון. העולה מדבריהם ז"ל דאפילו לדעת הסוברים שלא לכוף, אם יש צורך שעה בכפייה יכופו, דאין לדיין אלא מה שעניו רואות. ומזה יש ללמוד לכמה דברים אחרים שאם יארעו יש בהם כדי להתיר הכפייה לכ"ע, ובלבד שתהא כוונת הדיין לש"ש ויחקור על הדבר כראוי, עכ"ל חוט המשולש.

בנוסף יש מקום לקבוע שבימינו אלימות פיטית של בעל כנגד אשתו תהיה עילה לחיוב הגירושין יותר ממה שהיה בדורות קודמים. מפני שבדורות שעברו, אירועי אלימות כאלו היו מתקבלים בחברה בסלחנות מסויימת, והתנהגות כזו לא היתה נתפסת כהתנהגות המעוררת מאיסות ודחיה מהאדם האלים, משא"כ בימינו. וכן כתב בספר שמע שלמה חלק א' אה"ע סי' טו - "יש מקום לחלק ולומר שבזמננו יש להחמיר טפי בענין מכה אשתו, אחר שכל איש הגון ונבון מתבייש בזה ואין אשה שיכולה לסבול זה כלל, וחרפה גדולה היא בימינו יותר מימים קודמים, שאפ"ל בשופי שאיש המכה אשתו הוא נמאס ונתעב בעיני אשתו בתכלית המיאוס עד כדי שאינה יכולה לחיות עמו כלל".

הרמ"א. ויסודו של דבר הוא שכל הדברים המנויים בסי' קנ"ד שבגלגלם מחייבים או כופין לגרש אין זה מטעם קנס על העבר כי אם מתוך דאגה לעתיד, דהיינו שאם ברור הדבר שלא תראה אצלו חיים טובים כפי שציוו חכמים שעל הבעל לכבדה ולספק לה כל צרכיה, אז מחייבים אותו לגרשה", עכ"ל בפסק הדין.

העולה מכל הנ"ל, שבנידון שלפנינו, שהתרו בבעל שלא לשוב ולנהוג באלימות כלפי אשתו וכמו כן בית הדין התרשם שקיים חשש סביר שהבעל ישוב לסורו, וגם האשה מאד פוחדת מכך, יש לפסוק לחייבו בגירושין. ואם הבעל שוהה במאסר לפרק זמן ממושך זו עילה לכפית גט, עיין להלן בסי' צג.

תשלום כתובה ותוספת כתובה

לפי המבואר, בנידון שלפנינו, הבעל הוא מאותם שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה". על כן עליו לשלם דמי כתובה ונדונייתה, עוד בטרם הגירושין, וכפי הדין הנאמר בכל אלו שפוסקים בהם "יוציא ויתן כתובה", וכמו שפסק ברמ"א בסי' קנד סעיף כא.

וכן כתב הר"ן במסכת כתובות סוף פרק המדיר, וכן כתב התשב"ץ ח"א סי' א' שתשלום הכתובה נעשה עוד בטרם הגירושין, ואין לראות בהטלת תשלום זה כפיה לגרש.

וז"ל התשב"ץ - "ויש אונס אחר אעפ"י שהוא אונסו בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונס אותו לעשות דבר אחד והוא מעצמו כדי להינצל מאותו אונס מגרש מעצמו, וזה אינו קרוי כפיה, כיון שלא כפו אותו ממש להוציא. והראיה מדאמרין בירושלמי בפרק אלמנה ניזונת (ה"ז) אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות ואקשו עליה התם והא תנינן המדיר את אשתו וכו' עד יוציא ויתן כתובה, ופריקו שמענו שמוציא שמענו שכופין, וכתב זה הירושלמי ר"ח ז"ל בפירושו. ופירש זה הירושלמי כך הוא שהם תרצו, דהא ל"ק, דאע"ג דתנן יוציא ויתן כתובתה כלום שמענו שכופין בתמיה דיוציא לחוד וכופין לחוד, דכופין ר"ל שכופין אותו ממש לגרש, ויוציא ר"ל שכופין אותו לפרוע כתובתה, ואם מתוך כפיה זו רוצה לגרש יגרש. וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפרק אעפ"י ... ומ"מ מוכח מהכא שכופין אותו לפרוע כתובתה ולפעמים מפני פירעון כתובתה הוא צריך לגרש והרי הוא כפוי ועומד בגט זה כיון שלא כפו אותו ממש לגרש אלא שכדי לפטור עצמו מאונס פירעון כתובתה נתפייס לגרש לא מיקרי גט מעושה כלל שהרי האונס בענין אחר היה והגט ברצונו נתנו שהרי לא היו כופין אותו לגרש ... אבל אם עישו אותו בדברים אחרים שהיה הדין לכופו בהן לגרש כגון פריעת כתובתה דפריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שיאמר רוצה אני כדאיתא בפרק הכותב (פ"ו ע"א) ולהציל עצמו מאותו עישוי נתרצה לגרש לא הוי גט מעושה".

וע"ע בפד"ר ח"א עמ' 216 שהאריך בזה ומסקנתו שתשלום הכתובה נעשה גם בטרם סודר הגט.

לא יעמוד הבעל בקיום השלום שיוסיף להכותה ולבזותה, אנו מסכימים אחרים להיות מנודה בבי"ד העליון ובבי"ד התחתון ויעשוהו על ידי גויים לתת גט עשה מה שישראל אומר לך".

ומבואר שיעשו ביניהם שלום ואם לא יעמוד בכך כופין אותו, ולא הזכירו כלל שצריך לומר לו בזמן ההתראה שאם יחזור ויכה יכפוהו לגרש.

וכן בתשובת מהר"ם מרוטנבורג שהבאנו לעיל נאמר - "היכא שהבעל רגיל להכות את אשתו והיא בקשה להבטיחה שלא להכותה עוד ולא רצה להבטיחה, אך רצה להוסיף על חטאתו פשע והתרו בו עוד להבטיחה שלא להכותה ולא קבל", ומבואר דסגי בכך שיתרו בו שלא ישוב להכותה.

ולפי דברינו מש"כ בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קב בלשון זו - "גוערים אותו ומייסרין, ומודיעין שאם יכה שלא כדין, שיהא חייב להוציא וליתן כתובה", נראה שאינו לעיכובא, ואף אם מתרים בו בסתמא מהני.

וכן עולה ממה שפסקו בפד"ר ח"א שהבאנו לעיל, שרק הוזהר שלא לשוב על מעשיו, אך לא היתה אזהרה שאם ישוב להכותה יחייבוהו בגירושין.

ולהלן מש"כ הגר"ח צימבליסט שליט"א בפד"ר חלק ח' עמוד 310 - "והנה מצינו גם בש"ע דין התראה לענין לחייבו לגרשה, והוא בסי' קנ"ד ס"ג בהגה איש המכה אשתו עבירה היא בידו כמכה חבירו, ואם רגיל הוא בכך יש ביד ב"ד ליסרו ולהחרימו ולהלקותו בכל מיני ריודי וכפיה ולהשביעו שלא יעשה עוד, ואם אינו ציית לדברי הבית דין י"א שכופין אותו להוציא ובלבד שמתרין בו תחילה פעם אחת או שתיים כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם ומעשה כותים הוא. אמנם נראה דאין התראה זו מדין אין עונשין אא"כ מזהירין, דא"כ מהו הענין דמתרין בו פעם אחת או שתיים, וכי היכן מצינו בדיני התראה שצריך שתי התראות, ועוד שא"כ היה צריך להזהירו שאם יכה יכפוהו לגרש, והרמ"א לא כתב אלא שמיסרין אותו שלא יעשה עוד, ומתרין בו שאין זה מדרך בני, ולא הזכיר שצריך להזכיר לו את העונש, דהיינו שיכפוהו לגרש (עי' ב"ש סי' קט"ו ס"ק י"ז לענין עוברת על דת דדעת הרבה פוסקים שצריך להתרות בה שאם תעשה כן תפסיד הכתובה), אלא ע"כ עיקר ההתראה לענין לחייבו לגרשה אינו אלא כדי שנדע בודאות שאין עוד תקוה שהחיים ביניהם יהיו תקינים, כי כל עוד יש תקוה כזאת אין מחייבים לגרש אלא מנסים להשלים ביניהם. ולכן מתרים בו תחילה ומנסים לראות שמא התראת בי"ד תרתיע אותו ולא ישוב לכסלה עוד. ואם אחרי ההתראה הוא שב על אילתו, רק אז נודע שאין תקוה ומחייבים או כופים לגרש, והכל תלוי בראות עיני הדיינים, ולפעמים גם אם עבר על ההתראה עדיין אין מחליטים שאין תקוה ומנסים שוב ומתרין בו פעם שנייה, ורק אחרי הפעם השנייה הוא שנוכל לקבוע בבטחה שאין תקוה. וזהו ענין שתי ההתראות שכתב

תוספת, וכש"כ במורד מתשמיש או אומר אינו זן ואינו מפרנס דמחייבין ליה לגרש [לבה"ג דפסק כרב, ואפילו לרי"ף דפסק כשמואל, מ"מ אם אי אפשר לכופו לזון כפינן ליה לגרש כמ"ש הר"ן] יש לה תוספת, וכן במדיר את אשתו ע' א' יש לה תוספת, דכל שהוא מעיק לה הוי כמוציאה לדעתו, וכ"כ בהגמ"ר בהדיא".

וע"ע בפד"ר חלק א' עמ' 217 - 222, ובפד"ר חלק ח' עמ' 278 (ד"ה אמנם).

ולעיל הבאנו פסק הלכה שפסקו הרב משה פרויניצאלו, הרע"א והבית מאיר לחייב בנידון של בעל המכה את אשתו תשלום כתובה ונדוניא עוד בטרם יגרש, ומסתימת דבריהם שלא כתבו שישלם דוקא כתובה ולא תוספת כתובה, מבואר דמחוייב בכתובה ובתוספת כתובה ובנדוניא.

ועיין לעיל סי' לו שבארנו באריכות את היסוד לחיוב תוספת כתובה באותם שגירושין יצאו מחמת מעשיהם. מסקנת הדברים, מאחר ובמקרה שלפנינו, הבעל במעשיו הרעים הביא לגירושין הרי שלענין תשלום תוספת כתובה הוא נידון כמי שמוציאה לדעתו, ועליו לשלם את מלא הסכום הנקוב בשטר הכתובה.

הרחקת הבעל ממקום מגורי האשה

מאחר שיש מקום לחשש האשה מבעלה, יש לאפשר לה מגורים נפרדים מבעלה, וכמו שפסקו הרב משה פרויניצאלו, הגרע"א והבית מאיר בתשובותיהם שהבאנו. ומאחר והאשה זכאית למזונות ולמדור, ובנוסף לכך היא מגדלת את שני הילדים, יש לקבוע את מקום המדור שלה בביתה הקבוע, וינתן פסק דין הקובע שהבעל מנוע מלהתקרב למקום מגוריה, ובכך תפתר הבעיה הנוכחית שהאשה מאוימת באלימות מבעלה.

אך ביחס לתוספת כתובה לכאורה הדבר שנוי במחלוקת. הבית יוסף בסי' קנד כתב - "מצאתי כתוב בשם רבינו ברוך, ג"ל דכל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה, נהי דאין כופין אותו אלא בראיה ברורה, מכל מקום נפיק ממונא מיניה, כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתת לה הילכך מפקינן מיניה כתובה ויהיבין לה מנה ומאתים ונדוניא דהנעלת ליה, אבל תוספת איכא פלוגתא דרבוותא, רבינו תם כתב בריש פרק אף על פי (הו"ד בהגהות מרדכי סוף סי' רפט) דתוספת נמי אית לה לכל מילי תנאי כתובה ככתובה דמי (כתובות נד:), ורבינו חננאל כתב דוקא להני מילי דמייתנין בפרק אע"פ אמרינן תנאי כתובה ככתובה דמי, למידי אחרינא לא ומספיקא לא מפקינן מיניה התוספת כיון דאיפליגו ביה רבוותא ז"ל עכ"ל".

אך בהגהות מרדכי עמ"ס כתובות (סי' רפט) כתב - "תנאי כתובה ככתובה דמי, אומר ר"ח דוקא להני מילי דמי הכא הווי תנאי כתובה ככתובה, אבל לשאר דברים לא ... וכן הדין דשילהי הבא על יבמתו באה מחמת טענה דכופין אותו להוציא ויתן כתובה פר"ח דתוספת לא יתן, דאדעתא למיפק לא הוסיף לה, ולהכי לא חשיב לה. ואם תאמר הדין דהמדיר אשתו דאמר יוציא ויתן כתובה, וע"כ גם תוספת צריך ליתן לה, דאם לא כן כל אדם ידיר אשתו אם רוצה לגרשה כדי להפטר מתוספת, א"כ ליחשוב הכא דלהא מילתא תנאי ככתובה דמו עם אינך דחשיב הכא. ויש לומר דבר פשוט הוא דאית להו תוספת".

והחזו"א חלק אה"ע סי' סט ס"ק כב כתב שלענין תשלום תוספת כתובה אין כל המקרים שוים, ובמקצת המקרים בהם נאמר בהם יוציא ויתן כתובה, מחוייב בכתובה ובתוספות כתובה. וז"ל החזו"א - "והאומר אי אפשרי אלא כמנהג פרסיים מ"ח א' דאמר יוציא ויתן כתובה, נראה דיש להם

סימן צג

בעל הכלוא בבית הסוהר - חיובו בגירושין

בחומרתו, אך ביחס לשאלה העקרונית, אם יש מקום לחיוב האסיר בגט בגין מאסרו, נחלקו הדעות לשלוש שיטות.

א. בפד"ר ח"ה עמ' 329-332 בפסק דין של בית הדין הגדול, בהרכב הגר"ב זולטי ז"ל והגר"ש ישראלי ז"ל והגר"ע יוסף שליט"א, פסקו ברוב דעות שלא לחייב את האסיר בגט.

ב. בפד"ר ח"ח עמ' 311-303, בפסק דין מביה"ד בתל אביב פסקו לחייבו בגט אך לא לכופו, (פסק הדין נכתב ע"י הגר"ח צימבליסט שליט"א). וכן דעת הגר"ש ישראלי ז"ל בספר משפטי שאול סי' כא, דבריו מתייחסים לנידון הנוכח לעיל מפד"ר ח"ה. יצויין שבאותו פס"ד דעתו היתה דעת מיעוט, ופסק הנ"ל נקבע עפ"י דעת הרוב ונכתב על ידי הגר"ב זולטי ז"ל.

ג. בפד"ר ח"ח עמ' 128-124 בפסק דין מביה"ד בחיפה שנכתב ע"י האב"ד הגר"י רוזנטל שליט"א, וכן בפד"ר ח"ג

המקרה הנידון

לבתי הדין מוגשות תביעות גירושין כנגד בעלים הנמצאים בבתי הסוהר לתקופות שונות. יש לברר את שאלת חיוב הבעל בגירושין, כשעילת התביעה היא מפני שהבעל כלוא בבית הסוהר ואינו יכול להיות בביתו.

כמובן שבכל מקרה לגופו, יש לדון האם קיימת עילת חיוב גט בגין מעשיו השליליים והעבירות הפליליות שהביאו אותו למאסר, אך במסגרת הנוכחית נברר בעז"ה את שאלת חיוב הגירושין עקב היות הבעל כלוא.

הפסיקה בפסקי הדין שהתפרסמו בכרכי הפד"ר

בפסקי הדין של בתי הדין, כפי שהתפרסמו בשנים האחרונות, דעות שונות בשאלה זו. למרות שכל מקרה שונה

ולפי זה הוא הדין במקרה דנן, אף שהוא גרם לעצמו שישב בבית הסוהר, אבל מה שהוא מונע ע"י זה מאשתו את עונתה, אין דינו כמורד כיון שאינו עושה מחמת שנאה, אלא כעת הוא אנוס, והרי זה כחולי הראוי לרפואה, שצריכה להמתין עד שיתרפא.

וכן כתב הגאון בעל עונג יו"ט, הו"ד בספר אבן ישראל, בנדון איש רע מעללים שיצא משפטו לשלחו לארץ גזירה לעבודת פרך, ואינו רוצה לגרש את אשתו, אם יש לכופו על כך. והשיב הגאון הנ"ל שכופין אותו לגרש כיון שהוא מונע ממנה כל עניני אישות, תשמיש ומזונות, וכתב בתוך דבריו - מ"מ הכא בעובדא דידיה אף שתלך אחריו, יוגרעו ממנה כל עניני אישות, כיון שהוא בשבי ועבודה קשה ואינו יכול לבוא אל ביתו כלל, ואף שעכשיו הוא אנוס בדבר, הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אע"פ שהוא אנוס. הרי כתב, דגם כשהוא פושע ומעשיו גרמו לו להישלח לארץ גזירה, מ"מ עכשיו הוא אנוס בדבר.

ואפילו לדעת החולקים דגם בחולי הראוי לרפואה אינה צריכה להמתין יותר מששה חדשים, כדמשמע מפשטות דברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות אישות ה"ז, וש"ע אה"ע סי' ע"ו סעיף י"א הנ"ל, שהרי לא חילקו אם הוא חולי הראוי לרפואה או לא. אולם כבר כתב הכנה"ג אה"ע סי' ע"ו בהגהות הטור ס"ק י"ח - ואפשר דלא פליג עם הרמב"ם, דרי"א מדבר בחולי שיש קצבה לרפואתו, והרמב"ם מיירי ברפואה שאין קצבה לרפואתו והיינו כשיש קצבה לרפואתו לכל הדעות היא צריכה להמתין ואין דינו כמורד. ולפי זה בנדון דידן שיש קצבה לשבתו בבית הסוהר, א"כ אין דינו כמורד. ועיין בשו"ת אבני נזר חו"מ סי' פ"ב שדן באחד שנשלח לצבא לכמה שנים, שאין דינו כמורד, משום שהרי זה כחולי שיש קצבה לרפואתו, שהרי בודאי לאחר כמה שנים ישוב מהצבא, עיי"ש.

יתר על כן, לפי דברי המשיבה הנ"ל, הרי המערער הוא מאלו האסירים שנותנים לו חופש, ויתכן שפעם בששה חודשים היה יכול לקיים את עונתה אם היתה רוצה בכך, א"כ בכלל אין דינו כמורד מעונה. **עד כאן מפסק הדין של בית הדין הגדול בפד"ר חלק ה'.**

פסק הדין מבוסס על ההנחה שהאסיר יחשב כאנוס במרידתו ודינו כחולה, אך קביעה זו תמוהה מאד. באותו נידון, הבעל נשפט עקב אי תשלום חובות וזיוף מסמכים. אמנם כשאדם לווה ואינו יכול לשלם ולפרוע חובו, אם הועמד לדין ונגזר דינו למאסר, יתכן לדונו כאנוס, ואינו כמורד, מאחר שלא עשה מעשה שיש בו פשיעה, בעת שנטל את ההלוואה, וכן יתכן שהעדר הפירעון אינו בפשיעתו. אך אם הבעל עסק בזיוף מסמכים, או בגניבה ובשאר מעשים פליליים, מדוע יחשב כאנוס על היותו כלוא במאסר, ומדוע יחשב כמורד לאנוסו, כשידוע לכל - "סוף גנב לתליה".

עיין בשו"ת בית מאיר (מהדורת מכון ירושלים) סי' יד שפסק בפשיטות שהבעל האסיר נידון כמורד. הבית מאיר

עמ' 220-224 בפסק דין מבית הדין בירושלים שנכתב ע"י הגר"י וואלדינברג ז"ל (ונשנה בהרחבה נוספת בספרו ציץ אליעזר ח"ו סי' מב פ"ג) פסקו לכפות את הבעל בכפייה גמורה, וטעמם העיקרי הוא מפני היותו אסיר, אלא שצרפו סניפים נוספים. וכן בפד"ר ח"ב עמ' 248-254 בפסק דין מבית הדין האזורי בתל אביב בראשות הגר"ג צימבלסט שליט"א פסקו לכפות אסיר עולם בכפייה גמורה, (יצויין שגם פסק דין זה נכתב ע"י הגר"ג צימבלסט שליט"א, וצויין לדבריו בפסק הדין בפד"ר חלק ח', ומבואר שלדעתו אין סתירה בין שני פסקי הדין).

עד כאן הבאנו מפסקי דין שבספרי פד"ר, בהמשך הדברים נביא דעת כמה מגדולי הפוסקים שהשיבו בשאלת חיוב בעל אסיר בגט.

האם יש לדון אסיר כמורד

השאלה העיקרית היא - האם מעמדו של האסיר כ"מורד" באשתו, מורד מתשמיש או ממזונות. ואת"ל שדינו כמורד, יש לברר מה דינו של המורד.

נפתח במש"כ הגר"ב ז'ולטי ז"ל בפסק דין של בית הדין הגדול (פד"ר ח"ה עמ' 330). בפסק דין זה הוחלט לקבל את ערעורו של הבעל האסיר שחוייב בגט, ופסקו שאין לחייבו. להלן ציטוט מפסק הדין -

"אלו הן העובדות, המערער יושב בבית הסוהר בגלל אי תשלום חובות וזיוף מסמכים, הוא נשפט לארבע שנות מאסר והוא נמצא בבית הסוהר כבר עשרים חודש. לפי דבריו הוא מקוה להשתחרר בקרוב בגלל התנהגות טובה. הוא מבקש שלום בית, ומוכן להתחייב להתנהג טוב, יש להם שלשה ילדים. לפי דברי המשיבה, היא לא יכולה לחיות אתו, הוא הרביץ לה כמה פעמים, ואין לתת אמון בהבטחותיו. לפני שנכנס לבית הסוהר חיו מבחינת אישות בסדר, וצרכי הבית נתן פחות או יותר בסדר. .. התביעה לגרושין הוגשה בזמן שהמערער ישב בבית הסוהר. יוצא איפוא שעיקר הדין בדבר חיוב המערער לתת גט לאשתו המשיבה הוא אך ורק בגלל ישיבתו בבית הסוהר, ואינו יכול למלא את חובותיו כלפי אשתו המשיבה.

והנה לכאורה דין המערער הוא כמורד מעונה וממזונות, שהרי הוא גרם לעצמו שישב בבית הסוהר, וע"י מעשיו הוא מונע ממנה את עונתה ומזונותיה.

אמנם יש לדון בזה, דנפסק בשו"ע אה"ע סי' ע"ו סעיף י"א אסור לאדם למנוע מאשתו עונתה ... ואם חלה או תשש כחו ואינו יכול לבעול ימתין ששה חדשים עד שיבריא שאין לך עונה גדולה מזו ואח"כ או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה

ועיין בח"מ ובב"ש שם ס"ק י"ז, ימתין ששה חדשים, בש"ג כתב אם הוא חולי הראוי לרפואה צריכה להמתין עד שיתרפא ואין דינו כמורד מתשמיש, כיון שאינו עושה מחמת שנאה.

בנידון דידן, אע"פ שמתחילה פשע שמעשיו הרעים גרמו לו, מ"מ עכשיו אנוס הוא ואין כופין. אך יש לחלק, דדוקא היכא שמחמת עוניו אינו יכול לפרנסה הוא דס"ל לר"ת דאין כופין ... משא"כ בעובדא דידן שעל ידי אשר פשע נתגלגל הדבר שאין יכול לפרנס, י"ל דכופין גם לר"ת, משום שי"ל דהא דלא חשיב ליה בין אלו שכופין להוציא, משום דהכא נעשה האונס ע"י פשיעתו, כמו שתירצו התוספות הנ"ל.

ועוד כתב הרב השואל - "טעם שני, דהכא י"ל דכ"ע ס"ל דכופין, כיון שישולח ברשת ברגליו, וגם שם יהיו ידיו אסורות ואינו יכול להיות כלל עם אשתו, בכגון זה כתבו התוספות שם בר"פ המדיר וביבמות וברא"ש שם כיון שמונע ממנה כל ענייני אישות בין תשמיש בין מזונות, אפילו לר"ח בשם הירושלמי כופין. א"כ ה"ה גם כאן סברא גדולה היא לומר שגם ר"ח יודה בזה שכופין אותו. אע"פ שהוא אנוס לא עדיף מבעל פוליוס וכיוצא כיון שאינו יכול להיות עמה כלל, מה לי ריח רע או שאר סיבה, סוף סוף אינו יכול לקיים שום חיוב מענייני אישות"

ובהמשך דבריו כתב - "בנדון דידן שאינו יכול להיות עמה כלל בשום מקום, מסתברא דכו"ע מודים בזה שכופין בשוטים, כמו בעל פוליוס אע"פ שלא פשע כלל, וכ"ש הכא"

הגאון העונג יו"ט השיב בקצרה שאפשר לכופו לגרש, וז"ל - "הכא בעובדא דידיה, אף שתלך אחריו יוגרע ממנה כל ענייני אישות, כיון שהוא בשבי ועבודה קשה, ואינו יכול לבוא אל ביתו כלל, ואף שעכשיו הוא אנוס בדבר, הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אע"פ שהוא אנוס."

הגר"ב ז"ל סבר ללמוד מדברי העונג יו"ט הלכה עקרונית, שהאסיר יחשב כאנוס בריחוק מאשתו. לאחר שהגר"ב ז"ל ציטט מדברי העונג יו"ט, כתב - "הרי כתב דגם כשהוא פושע ומעשיו גרמו לו להישלח לארץ גזירה מ"מ עכשיו הוא אנוס בדבר."

דברים אלו תמוהים. הרב השואל את העונג יו"ט, חזר ושנה כמה פעמים שהאסיר אינו כאנוס, מאחר שנשלח למאסר עקב רוע מעלליו. והעונג יו"ט כלל לא נזקק לנקודה זו, וכתב שאין נפקא מינה בזה, אלא אף אם הוא אנוס, עכ"פ גם בעל פוליוס אנוס, ואפ"ה דינו לכפותו על גירושין. ואין יסוד לקביעה שאם מחמת פשיעתו נכלא אינו כמורד כיון שאינו מעוניין במאסר, ולתלות יסוד זה בדברי העונג יו"ט, כשהעונג יו"ט לא כתב כן ובדברי הרב השואל (שהוא לכשעצמו גברא רבה) מבואר להדיא איפכא, והעונג יו"ט לא העיר לרב השואל על הטעות לכאורה שבדבריו, והדבר ברור שהעונג יום טוב הסכים עמו.

בטרם נבאר את דברי העונג יו"ט, נציין שבלשון דומה כתב הגרי"א ז"ל מקאוונא בשו"ת באר יצחק. שם בחלק אה"ע סי' י' נשאל הגרי"א ז"ל - "נידון א' מאנשי חיל שנשא אשה שלא בידיעת ורשות הממשלה, וכשנודע להמושלים כפודו לגרשה, ובא לב"ד ואמר שרוצה לגרש אשתו". ובתוך דבריו כתב שם -

השיב אודות בעל "שמפני רוע מעלליו שאינו עוסק בישבו של עולם כי אם לגנוב אהב, וכבר בעבור זה בא למאסר במעריין יואדור, וישב שם בבית האסורים איזה שנים, ומשם נמלט ובא ... ושם חזר ובא לכלל תפיסה ע"י מעשיו הרעים, ונפסק לו להיות תחילה איזה שנים במאסר ... ושוב חזר לדרכו הרע ונתפס ונפסק לו כנ"ל."

כסיום תשובתו כותב הבית מאיר - "אם היתה אשה זו חסירה מזונות והיתה צריכה לצדקה או הספקת קרובים, דהיה לה טענת עונה ומזונות, דהוה דינה כמונע כל ענייני אישות, ואף לא באונס ממנו אלא בפשיעתו מכח דרכו הרעה, ודאי שהיה מן הדין לכופו אף בשוטים, ואינו דומה להדין שאלת הטור בבורח ממקום למקום, שזה היה רוצה לזונה ולקיים העונה במקום שהוא, והוכרח אך לבא עליו מטעם שאינה חייבת לצאת ממקומה, ופשיטא שאין דינו לכופו בשוטים. משא"כ זו שנמנעת מכל ענייני אישות, ודאי שעל פי הדין הגמור מהראוי לכופו אף בשוטים. וא"כ אף למסקנת הגבורת האנשים דיש להחמיר אף בזה, מ"מ בנידוי ודאי היה ראוי לכופו ... וא"כ אף אשה זו שכל אותן שש שנים שנפסק לו להיות במאסר בודאי לא יהיה לה שום ביטחון בעל שיוונה, באם לא תספיק במעשי ידיה, שפיר חשובה נמנעת על ידו בכל ענייני אישות כמו חלוצה ממש, ושפיר נמי דינו לכופו בנידוי."

הרי מבואר שהיה פשוט לבית מאיר, שאין מקום לטענה שהבעל כביכול אנוס על עצם המאסר. אלא הבעל נידון כמי שפשע והביא זאת על עצמו, ודינו כמורד, אף כשתקופת המאסר קצובה, כגון בנידון הבית מאיר שהמאסר נקצב לשש שנים.

בפסק הדין בפד"ר (שם) הסתמכו על תשובת העונג יו"ט בסוף סי' קסח. יש מקום להרחיב בנקודה זו.

נציין שבספר עונג יו"ט אין את לשון השאלה, והיא נמצאת בספר אבן ישראל שנערך ע"י הג"ר שניאור זלמן גאלדינגען ז"ל (בעל גיליון אלפסי שבדפוס וילנא), ובהצגת השאלה, הביע דעתו בפירוט. (נציין שבתשובת העונג יו"ט שבספרו, שינויים קלים מנוסח התשובה שבספר אבן ישראל).

הרב השואל כתב שני טעמים להתיר לכפותו לגרש. בטעם הראשון כתב מפני שאינו יכול לזון את אשתו, ולדעת כמה ראשונים מטעם זה לחוד כופין לגרש. וז"ל - "טעם אחד, שאפילו באומר איני זן יש גדולי הראשונים דס"ל שכופין להוציא, כרב בכתובות (דף עז). ואפילו להפוסקים כשמואל מ"מ היכא שאין לו ס"ל להרבה פוסקים שכופין להוציא, וכן סתם באבן העזר סי' ע' סעיף ג' ובסי' קנ"ד סעיף ג' באומר איני זן כו'. ולפי זה בנידון דידן שאינו יכול לזון ולפרנס אשתו, כי הוא מוכתב לעבודת פרך, היה הדין נותן שמוותר לכופו לגרש. אך עומד נגד זה לשטנה, דעת ר"י בשם ר"ת בתשובה (ובהגה"ה שם הביאה בשם י"א) דאדרבה היכא שאנוס מודה גם רב שאין כופין, וא"כ אפשר דגם

אם היא מנועה מחיי אישות כופין אותו להוציא ... וא"כ ה"ה בנידוננו יש לכופו לגרש ... באמת היה ראוי לנו לצוות על כפייתו ממש, דהיינו הושבתו בצינוק, עד שיתן גט לאשתו, "עכ"ל בפסק הדין. ומבואר מדבריהם, שלא נזקקו לבסס פסק הדין על כך שהוא פושע במרידתו.

אמנם בגוף הדין יש מקום לברר מאי שנא מי שנולד לו ריח הפה שכופין לגרש אף שהוא אנוס בכך, ומדוע מי שאינו יכול לקיים עונתו עקב חולי או תשישות כח, אין כופין אותו אלא לאחר ששה חדשים אליבא דהרמב"ם, או יותר אם יש קצבה לרפואתו אליבא דשיטת הרי"א^ז.

לכאורה היה מקום לומר, דבסתמא מום של ריח הפה אין לו רפואה כלל, לכן אין מקום להמתין. ומש"כ הרמב"ם והשו"ע להמתין ששה חדשים היינו כשיש סיכוי מסוים לרפואה. אמנם ובספר כנסת הגדולה בסי' עו הביא את דברי ריא^ז, וכתב - "ואפשר דלא פליג עם הרמב"ם ז"ל, דריא^ז מדבר בחולי שיש קצבה ברפואתו והרמב"ם ז"ל מיירי ברפואה שאין קצבה לרפואתו". ומבואר שאם ברור שאין לו רפואה אין מקום להמתין כלל, וכן כתב באבני נזר שם.

ועיין בתשב"ץ ח"ב סי' קפ שכתב בתוך דבריו - "ומטענת חליו נמי כופין אותו לחלוץ דלא גרע מבעל פוליוס ... וא"ת שזה אפשר שיתרפא, גם בעל פוליוס אפשר שיתרפא. ומ"מ השתא לא חזי. דאדרבה בעל פוליוס יש לו תקנה כשיתן בפיו פלפל או גרגיר של מלח או דרצונא, כדאיתא בפרק במה אשה (ס"ה ע"א)", עכ"ל.

ובשו"ת עין יצחק סי' לה סק"ז כתב - "מסתמית הפוסקים משמע דבמוכה שחין אף אם הבעל טוען שיתנו לו זמן על השתדלות רפואתו דאין שומעין לו". ויש להוסיף שמסתמית הפוסקים משמע, שכן הדין בשאר המנויין במשנה כגון בעל פוליוס ומצרף.

לפי זה, אם אמנם יש רפואה לבעל פוליוס, וכמבואר בתשב"ץ, עלינו לבאר מדוע אין מקום להמתנה בבעל פוליוס, וכדין מי שחלה או תשש כחו.

ונראה דשאני התם, מאחר שיש לבעל מום כזה שהוא מאוס עליה ביותר, והמאוסות נובעת ממנו (והיא מאיסות חמורה ולכן אינה כדין מורדת האומרת מאיס עלי, שאין כאן מאיסות בדרגה כזו), על כן כופין אותו לגרש. ואין מקום להמתנה מאחר שהוא כעת מאוס עליה, אין לתלות שמאיסות זו תתבטל, והאשה אינה מחוייבת להמתין ולבחון שמא תסור המאוסות משא"כ במי שחלה או תשש כחו, שאין כל מאיסות, אלא הריעותא היא שאינו יכול לקיים עונתו, יש מקום להמתנה שמא יתרפא, ויחזור הדבר לקדמותו. ואינו כמורד, מאחר שמעיקרא שיעור עונה נקבע לפי כוחו ובריאותו של הבעל, ואם יוכל לקיים עונתה לאחר חצי שנה, הרי שזהו שיעור עונה אצלה, ואין לקבוע שכבר כעת קיימת בעיה המחייבת את הגירושין לאלתר.

ולפי זה צ"ע כיצד העונג יו"ט והבאר יצחק למדו דין אסיר ואיש צבא המנוע להיות עם אשתו מדין בעל פוליוס,

"והנה בנ"ד נראה ברור דהוי מן הכופין להוציא בדינינו, דכיון שאינם מניחים אותו מן הממשלה להיות עמה, וע"כ מונע ממנה כל חיובי איש לאשתו, כמש"כ כת"ה, א"כ זה דומה למש"כ התוס' בכתובות (ע' ע"א) ד"ה יוציא ויתן כתובה כו', דלכן בהא דהחולץ חוזרין אצל גדול למכפיי, לפי שמונע ממנה כל עניני אישות, וכ"כ התוס' ביבמות (דף ס"ד) ד"ה יוציא ויתן כתובה כו', ואף שהבעל אנוס, מ"מ הא מצינו (ס"פ המדיר) גבי מי שנולד לו ריח הפה וחוטם וכה"ג דג"כ הוי אנוס, מ"מ כופין להוציא, כש"כ בנ"ד".

הרי שני נביאים שהתנבאו באותו סגנון, והוכיחו מההלכה של בעל פוליוס, שאם הבעל מנוע לדור עם אשתו, ובכך נמנעים ממנה כל עניני אישות, כופין אותו לגרש. ואין נ"מ האם הגיע למצב זה עקב פשיעתו, או לאונסו. וכפי ההלכה הפסוקה ביחס לבעל פוליוס, האנוס במצבו זה, ואע"פ כן אנוס זה אינו מונע את כפייתו בגירושין. הטעם בהלכה זו הוא, מפני שהכפייה על הגירושין אינה עונש לבעל, אלא היא התוצאה המתבקשת מהמצב שבו הבעל אינו מסוגל למלא את חובותיו כלפי אשתו. גם ר"ת הסובר שאם הבעל עני ואנוס במה שאינו יכול לפרנס את אשתו אין כופין אותו לגרש, מסכים בבעל פוליוס, שדינו בכפייה אף שהוא אנוס.

לפי זה, מדברי העונג יו"ט מוכח להיפך ממה שתלה הגר"ב זולטי בדעתו. אלא גם במקרה שהבעל נאסר לאונסו, יכפו אותו בגירושין, כגון במדינה שאינה מדינת חוק, והשלטון משליך לכלא ללא משפט, או כגון שעבר עבירה ובעת שעבר עליה סבר בטעות שאין כאן עבירה או שאינה עבירה חמורה העלולה להביא לכליאתו, ולבסוף החמירו עמו, או שהבעל מכחיש את העבירה, ובערכאות הרשיעוהו, אך אין ראיות להרשיעו.

עוד יש לתמוה על פסק הדין הנוכח, מנלן להוציא מדברי העונג יו"ט שאם נכלא לפרק זמן קצוב, אין דינו כמורד מכל עניני אישות. להלן נוכיח שלענין זה, אין נ"מ בין מורד לזמן קצוב למורד ללא הגבלת זמן. אלא שהבית מאיר הדגיש שבנידון שלו הוא, פשע וגרם לכך שנכלא. הבית מאיר כתב בלשון זו - "דהיה לה טענת עונה ומזונות, דהוה דינה כמונע כל עניני אישות, ואף לא באנוס ממנו אלא בפשיעתו מכח דרכו הרעה, ודאי שהיה מן הדין לכופו אף בשוטים". ונראה מדבריו דמה"ט נידון כמורד, ובלא"ה לא היה נידון כמורד.

וכן בתשובת ציץ אליעזר ח"ו סי' מב פ"ג פסק לכפות גט על אסיר, בנימוק שבפשיעתו הביא את המאסר על עצמו. וכן בפד"ר ח"ב עמ' 257 כתבו שדין אסיר עולם כדין בעל המורד והמונע מאשתו כל עניני אישות, וכתבו שם - "אף ששם מדובר באפשר לו ואינו רוצה, ואילו בנידוננו הוא אנוס בדבר, הרי מצינו בסי' ע' ס"ג שאם הוא עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפילו לחם כופין אותו להוציא, הרי שגם אם אינו יכול כופין אותו, וכן מצינו במי שאין לו גבורת אנשים שכופין אותו להוציא (סי' קנד ס"ו) הרי שגם כשהוא אנוס

לפדותה מבית הסוהר אם נכלאה עקב מעשיה שהיתה סוחרת ברכוש גנוב. הרי שהאשה אינה יכולה לטעון - אנוסה אני, כי סברתי שלא אתפס ואם אתפס שמא לא אכנס לכלא. וכן בספר שדי חמד חלק ו' (אסיפת דינים מערכת אישות סי' ב' אות כד סק"ה עמ' 274) בנידון אשה שעסקה במטבעות מזוייפות, ונתפסה ונגזר דינה למאסר ממושך, כתב לדון אם יש להתיר לבעל חרם דרבינו גרשם. ובתוך דבריו כתב שאמנם אם נשבת מחמת אונס יש לדון דמחוייב לפדותה, ויתכן שלא יתירו לו חרם דר"ג, "אבל בנידון דידן שעשתה מרד ועול שעסקה בזיופים אשר על פי דין תורה אם נודע מזה חייב למוסרה למלכות, עיין ברמ"א חו"מ סי' שפח סי"ב. וגם לענין חיובו לפדותה כשנשבת כתב בשו"ת מעיל צדקה סי' טו דאם לא נשבת באונס אלא על ידי שגגה נשבת, אין הבעל חייב לפדותה ... ע"כ פשוט דכו"ע מודו דלא גזר בזה רגמ"ה שיהיה עגון כל ימיו, כיון דלית לה שום אונס".

מבואר מהנ"ל, שאדם הנמצא בבית הסוהר, אינו יכול לטעון שהמאסר נכפה עליו, והוא אנוס במה שאינו יכול לצאת לביתו.

גם בענייננו, אמנם הבעל עשה את מעשיו בלא כוונת מרידה באשה, אך דינו כמורד מכיון שפשע ונהג עם אשתו שלא כדין, כשעשה מעשים העלולים להביאו לידי מאסר ממושך.

דוגמא נוספת לסברא זו מצינו בש"ך. לשיטת הש"ך (סי' שפו סק"ו) אין לחייב בדינא דגרמי כשהמזיק עשה מעשיו בשוגג, למרות זאת הש"ך בסי' שפו סק"א כתב בנידון של מראה דינר לשולחני, שאמנם השולחני לא התכוין להזיק, עכ"פ אינו כשוגג, ובאר הש"ך (בשם הרמב"ן) הטעם - "הואיל וצריך למיגמר, וקא חזי, פושע ומזיק". וכן בתשובת הנודע ביהודה מהדו"ק חחו"מ סי' לו (הובא בפת"ש סי' שפו סק"א) כתב כסברא זו בנידון שלו.

וע"ע בש"ך סי' כה סק"ח שכתב ששגגת תלמוד עולה זדון, ומה"ט הדיין שטעה בדין אינו נידון כשוגג. לפי"ז ק"ו בנידון דידן שקדמה פשיעה למאסר, לא יוכל לטעון בעת המאסר שכעת הוא אנוס, מאחר ובפשעתו הגיע למצבו הנוכחי.

מש"כ בפסק הדין של בית הדין הגדול לסייע לדבריהם מתשובת האבני נזר חלק חו"מ סי' פג, אינו נוגע לענייננו, האבני נזר דן את מי שנלקח לצבא לזמן קצוב, כחולה במחלה שזמנה קצוב, ולכן אשתו צריכה להמתין עד שיחזור, אך אינו דומה לענייננו. התם ודאי אנוס הוא בכל הענין, שהרי נלקח לצבא בעל כרחו, ומלכתחילה לא הביא על עצמו את הגיוס לצבא ולא גרם לכך, וסבר האבני נזר שמרידה באונס אינה גוררת חיוב גירושין, משא"כ באסיר, שמחמת פשעיו נשלח לכלא, ומלכתחילה ידע שהוא צפוי לכך עקב מעשיו. אמנם דברי האבני נזר אינם תואמים את דברי הפוסקים הנוכחים שלא חילקו באסיר בין אנוס לפושע.

דשאני בעל פולפוס דאף אם הוא אנוס, עכ"פ מצבו הנוכחי של הבעל הביא את אשתו למאוס בו, והמציאות הנוכחית של המאוסות קובעת את חיוב וכפיית הגט. משא"כ בנידון שלהם שאין העניין מצד מאיסותא אלא רק מפני שאינו יכול לדור עם אשתו, ומנלן לעונג יו"ט ולבאר יצחק לפסוק כפיית גט אם הוא אנוס במה שאינו יכול לדור עם אשתו.

אך הביאור הוא - באסיר, מכיון שידוע שלא ישתחרר בתקופת מאסרו, אינו כחולה או תש כח שבהם קיים סיכוי סביר שהבעיה תפתר אם יעסקו ברפואות. האסיר אינו יכול לבטל את מרידתו עד תום תקופת מאסרו. לכן החל מהיום הראשון למאסרו יחשב כמורד, אף אם כעת הוא אנוס במרידתו.

נחזור לפסק הדין מבית הדין הגדול (שם). כפי הנראה הגר"ב זולטי ז"ל הוציא את עיקר שיטתו מלשון הב"ש בסי' עו. השו"ע בסי' עו סעיף יא פסק על פי דרכו של הרמב"ם וכתב בלשון זו - "אסור לאדם למנוע מאשתו עונתה. ואם מנעה כדי לצערה, עובר בלא תעשה דעונתה לא יגרע. ואם חלה או תשש כחו ואינו יכול לבעול, ימתין ששה חדשים עד שיבריא, שאין לך עונה גדולה מזו. אחר כך, או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה". וכתב הב"ש ס"ק יז - "ואין דינו כמורד מתשמיש, כיון שאינו עושה מחמת שנאה, עיין מרדכי והג"א פרק אע"פ".

מפשטות לשון הב"ש היה נראה לומר, שהכל תלוי אם עושה כן מחמת שנאה. ולכן אדם שפשע בפלילים אינו מורד באשתו מחמת שנאה, ואין לדונו כמורד המחוייב בגירושין. אך מעיון בלשון המרדכי עולה שיש מקום להגדרה אחרת. המרדכי במסכת כתובות סי' קפג כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג בענין חלה הבעל - "אמאי לא מיקרי מורד מתשמיש ויוסיפו לה על כתובתה, די"ל דלא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוא פושע כמו הפושעים והמורדים, אבל הכא דמי קצת למוכה שחין".

דברי המרדכי התבארו היטב בספר אור גדול. האור גדול בסי' ד' העלה שהאשה נידונת כמורדת כשהיא מונעת את עצמה מבעלה שלא כדין, אע"פ שאין כוונתה לצערו. ובתוך דבריו הביא האור גדול את דברי המרדכי, ח"ל האור גדול - "האי דכתב המרדכי דמורד אינו אלא מחמת שנאה וכעס, לאו דוקא הוא, רק אף מאיזה טעם שהוא שלא כדין, וכדמוכח מהראיה שהביא דמורד הוא פושע, אבל לא באונס".

הרי מבואר בדברי המרדכי, שהפשעה תחשב כמרידה. לכן גם בנידון דידן שאינו עושה מעשה ישיר ובכוונה תחילה של מרידה, אלא שלא נזחר ופשע בעצמו והסתבך בפלילים, ועקב כך הורחק מביתו, גם בפשיעה כזו יחשב כמורד באשתו, ואינו דומה לאנוס מחמת חולי.

מצינו דוגמא לסברא זו, בפת"ש סי' עח סק"א במש"כ הבית מאיר בשם בי דינא רבה דפ"פ, וכן מתשובת מעיל צדקה, שהבעל אינו חייב לפדות את אשתו אלא משבי שנשבתה בעל כרחו, משא"כ כשפשעה. ולכן אינו חייב

לא עבר... ומפני זה פורצים בה בני אדם ללכת בדרכים ובסחורות יותר מזמן עונה, שרוב הנשים דרכן למחול משום רווח ביתה, ולרוב הפעמים משום צניעות שותקת, ואפילו שלא קיים מצות פריה ורביה, עכ"ל.

מבואר שעיקר טעמו של המבי"ט הוא מפני שרוב נשים מוחלות אם הבעל הולך לסחורה לשיעור זמן של יותר משעור עונה. אבל בודאי שאם עסק בפלילים בלא ידיעתה ובלא הסכמתה, אינו דומה לעוסק בסחורה. ובכה"ג המבי"ט יודה למהר"ם אלשיך, ונידון כמורד אף שאינו עושה כן מחמת שנאה לאשתו. וע"ע פד"ר כרך יח עמ' 14.

וע"ע בח"מ סוף סי' עו וכן בב"ש, במה שחלקו על הב"ח בנוהג בה מנהג פרסיים ודעתם שיחשב כמורד, אף שמסתמא אינו עושה כן מחמת שנאה אלא מפני טעמים אחרים מוטעים.

וכן בדין המבואר בגמרא במסכת כתובות דף סב: שחמר אינו רשאי להעשות גמל, כתב בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה ח"ל - "רוצה אשה בקב כו' כלומר רוצה האשה יותר שיהיה בעלה חמר ויבוא תדיר לעיר ותטפל עמו באותו המעט שמרויח, משיהיה גמל וירוויח ט' חלקים יותר ולא תוכל לראותו עד ג' חדשים, הילכך יכולה לעכב עליו, ואם לא ירצה להניח דיינינו ליה כמורד על אשתו". וע"ע בשטמ"ק בשם רבינו יהונתן ובשם הריטב"א במה שבארו דלשון ט' קבין הוא מחיובי המורד, ומבואר שנקטו בפשיטות כסברת תלמידי רבינו יונה דיינינו ליה כמורד.

הרי אף שמסתמא מה שהבעל נעשה גמל, אינו מפני שנאה לאשתו, אלא כדי להרויח יותר, אפ"ה כיון שהוא שלא ברשות, דינו כמורד, מפני שנוהג בניגוד להלכה הקובעת שאינו רשאי להעשות גמל.

וע"ע בספר משפטי שאול סי' כא במש"כ הגר"ש ישראלי ז"ל בנימוקים לדעתו באותו פסק דין. אך דבריו צ"ע מדוע נזקק לחדש גדר ביניים בין אנוס למורד, ולחדש שבגדר כזה יש חיוב ולא כפיה. וכל דבריו צ"ע, ומכח הטענות שהעלה כנגד פסק דינו של הגר"ב זולטי ז"ל כתב בנידון שם ביחס למעשיו של הבעל - "כל מה שהסתבך בפלילים במעשי רמאות אין זה אלא פשיעה ממשית". ממילא מכח טענה זו היה מקום לשלול את מסקנת הגר"ב זולטי ז"ל ולדונו כמורד גמור.

האם זכותו לחופשות מבטלת את מעמדו כ"מורד".

הגר"ב זולטי ז"ל כתב בפסק הדין - "יתר על כן, לפי דברי המשיבה הנ"ל, הרי המערער הוא מאלו האסירים שנותנים לו חופש, ויתכן שפעם בשה חודשים היה יכול לקיים את עונתה אם היתה רוצה בכך, א"כ בכלל אין דינו כמורד מעונה".

ביחס לדברים אלו, ראשית יש לציין, שהדבר ידוע שבתקופת מאסר הראשונה האסירים אינם זכאים לחופשה כלל, ויש אסירים שעקב חומרת העבירה או התנהגות לקויה בכלל, אינם זכאים כלל לחופשה, ויש מקום לברר בכל מקרה לגופו.

מה שהסתייעו בפסק הדין מדיוק לשון הרמב"ם שאם אינו מונע עונתה מחמת שנאה אינו כמורד, להלן מש"כ בזה בתשובת מהר"ם אלשיך סי' נ' -

"איברא דחזינא לאחד מן המורים שכתב שאינו עובר על מניעת עונת אשתו אלא כשמתכוין לצערה, אבל בהולך למדינת הים לסחורה או לדבר אחר ואינו מכויין רק לעשות חפצו ולא לצערה פטור, ולפיכך כשנשבע ללכת לסינים אע"פ שהוא מקום רחוק אינו נקרא נשבע לבטל את המצוה. וליתא, דהא בגמרא עלה דמתניתין בקונם שאני משמשך כו', דפריך בגמ' והא משתעבד לה מדאוריתא דכתיב ועונתה לא יגרע, ומשני באומר הנאת תשמישך עלי. וקשה דאם איתא למה משנה משמעות לשון המשנה דקתני קונם שאני משמשך דמשמע שאוסר את עצמו עליה, וקאמר דמיירי שאסר תשמישה עליו, ולישני הכא במאי עסקינן שאינו מכויין לצערה אלא לבריאות ... ועוד אעיקרא דפירכא מאי קא פריך והא משתעבד לה, דהא אפילו במשועבד לה, כיון דכשאינו מכויין לצעורה חלה שבועה או נדר מאי איכפת לן בשיעבודיה, אלא ודאי דכיון דמשועבד לה והוא פוטר עצמו משעבודו בכל גוונא לא חייל ... ועוד ראייה מתשובת הר"ן ז"ל שכתב ז"ל שאלת ראובן ושמעון ולוי נשבעו שבועה ... ויעברו עד גיפרי" בספינה כו' על דעת לקבוע דירה זמן מה בא"י או בסביבותיה בדמשק או כו' עד ועכשו מתחרט שמעון על שבועתו מפני שהוא רואה את אשתו מסרבת ללכת אחריו כו'. תשובה, קרוב אני לומר ששבועה זו אינה צריכה התרת חכם, דה"ל נשבע לעבור על המצוה. לפי שאין האיש רשאי להניח את אשתו וליילך לו, דמחייב לה מדכתיב שארה כסותה ועונתה לא יגרע ע"כ. הנה בפירוש שאע"פ שלא היה מכויין הוא לצערה, אלא אדרבה עלה בדעתו שתבא עמו למקום שנשבע, ואפ"ה כתב דהוי כנשבע לעבור את המצוה. וא"כ ודאי שהחלוק ההוא לומר שבמכוין לצעורה הדבר תלוי, דבהכי אמרינן דהוי כנשבע לבטל את המצוה לית' כלל ... וכ"ש שאין כוונת הרמב"ם לאמר שאם ימנע אדם עצמו מתשמיש יותר מזמן הראוי לו והיא מצטערת ומוחה בדבר והוא אינו מכויין לצעורה אלא לשמור הבריאות וכיוצא בזה, שלא יעבור הלאו, מאחר שאינו מכויין לצערה. דהא כיון שהיא מצטערת והוא אינו חולה או אנוס, עובר לאו הוא. אלא דעתו הוא על הסתם שהיא אינה מוחה בדבר, או כתב כן לאפוקי מאי דכתב אח"כ ואם חלה או תשש כחו כו', אבל לעולם דבבריא והיא מצטערת ומוחה כי נדון דידן והוא מונע עונתה, ודאי שעובר הוא בלי ספק".

עכ"ל תשובת מהר"ם אלשיך. ועיין בכנסת הגדולה סי' עו ס"ק טז ובאר היטב סי' עו ס"ק טז שהביאו דעת המבי"ט שכתב בפשיטות דלא כסברת מהר"ם אלשיך. ח"ל המבי"ט ח"ג סי' קלא - "כתב הרמב"ם ז"ל אסור לאדם למנוע אשתו מעונתה, ואם עבר ומנע כדי לצערה עבר על לא תעשה שבתורה, שנאמר שארה כסותה ועונתה לא יגרע. נראה שאם לא לצערה אלא מפני עסקיו

שאינן כופין כלל במורדת, היה מקום לתמוה מדוע תוכל לעגנו, אך מאחר ששם יש גבול לדבר עד לאחר י"ב חדש, דמשהינן לה י"ב חדש, ומיד לאחר י"ב חדש כופין אותה לקבל גט, הרי שגם במורדת כופין אותה בגירושין. אך במורד מאחר שלא נאמרה כלל התקנה של השהיית י"ב חדש, אין מקום להמתנה. אך הב"ש מעיקרא לא נחית לברר את השאלה אם מורד לזמן קצוב דינו כמורד, ונראה שמסכים עם סברת ההפלאה שכתב שפשוט לומר שדינו כמורד, אלא רק שלל את ההור"א שכופין בגט רק את הבעל המורד ולא את האשה המורדת, אך פרטי ההלכות אינן דומות מפני שרק במורדת תיקנו שהיית י"ב חדש ולא במורד, ועל כך הב"ש לא תמה.

מלבד זאת, גם אילו סבר הב"ש שמורד לזמן קצוב אינו כמורד, עכ"פ הנחה זו מיוסדת על ההנחה שהב"ש סבר שיש להשוות לגמרי מורד למורדת, ומורדת למורד. ואם כן אין ראיה שגם אליבא דהב"ש אף מורד מעל י"ב חדש לא יחשב כמורד, ונ"מ לאסיר שבמשך שנה לפחות אינו זכאי לחופשה. מלבד זאת, אף אילו סבר הב"ש שאין לכפות גירושין על מורד לזמן קצוב, וכן לדעת הסוברים שלא לכפות את הבעל המורד בגירושין, עיין פת"ש סי' קנד ס"ק לא, היינו מפני שיש אמצעי אחר שאנו נוקטים לבטל את מרידתו - הוספה על כתובתה, ובכך לוחצים עליו שלא להתמיד במרידתו. אבל באותו מורד שגם אם יבקש לחזור בו ממרידתו, אין הדבר בידו, וכגון אסיר שאין בידו להביא לשחרורו, אין טעם ואין מקום להורות להוסיף על כתובתה, ובנסיבות אלו שאין את הדרך לנסות לפתור את בעיית המרידה באמצעות הוספה על הכתובה, כו"ע מודים שיכפוהו לגרש, ושלא להשאיר את המצב הזה כפי שהוא.

וסייעתא לסברא זו מדברי הר"ן במסכת כתובות פרק אע"פ (דף כו: בדפי הרי"ף) שכתב - "ונ"ל דהיינו טעמא דבמורד מוסיפים ובמדיר אין מוסיפים, לפי שהמורד כל שעה ושעה עומד במרדו, וכדי שיחזור ממרדו מוסיפים עליו כל שבת ושבת. אבל מדיר מכיון שהדירה ואינו מוצא פתח לנדרו מה בידו לעשות, ולפיכך אין מוסיפין על כתובתה כלום, אלא יוציא ויתן כתובה לסוף שבוע אחד. וכיון שהיא יודעת שלבסוף שבוע אחד תפטר ממנו, פת בסלה מיקרי, ומשו"ה גמרי לה ב"ה מנדה. אבל כשהאיש או האשה מורדין מתשמיש, כיון שאין למרדן קצבה, לאו פת בסלו מקרי, ומשו"ה פוחתין או מוסיפין אפילו כשהיא נדה" עכ"ל וכתב בספר דברי יוסף (להג"ר יוסף כהן ז"ל) ח"א עמ' רנו - "כדי לבאר דברי הר"ן יש להקדים דשיטת הר"ן היא שבמורד אין כופין אותו להוציא, אפילו כשהיא רוצה בכך. ומוכח כן ממה שכתב דבמדיר איכא טפי פת בסלה ממורד, דהיא יודעת דלאחר ז' ימים תפטר ממנו שיכפוהו להוציא, משמע שבמורד אין כופין אותו להוציא ... וכך היא הצעת דברי הר"ן - משום שכופין אותו להוציא אין מוסיפין, וכל ג' הדברים קשורים זב"ז. וגם המורד וגם המדיר בשניהם יש

אך גם בלא"ה, דברי הגר"ב זולטי ז"ל נאמרו בהתאם להנחה העומדת ביסוד פסק הדין לדון אסיר כחולה. על כן אם יכול לקיים עונתו פעם בחצי שנה, אף לשיטת הרמב"ם אין לחייבו בגט. אך לאחר שהוכחנו שלא כסברא זו, אלא דינו כמבואר במסכת כתובות דף סב: ובשו"ע סי' עו סעיף ה' שאין חמר רשאי להעשות גמל שבכך מרחק עונתה, ואם עושה כן דינו כמורד, מפני שגם המורד לזמן קצוב דינו כמורד, וכמו שהבאנו להלן מהשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה רבינו יהונתן והריטב"א. וכן מבואר ברשב"א וברמ"א.

הרשב"א בתשובה ח"א סי' תרצג כתב - "למי שהורגל לכעוס ולהוציא את אשתו תמיד, שכופין אותו להוציא וליתן כתובה ... הא במי שמורגל לשלחה תמיד שלא לזונה אפשר דאפילו שמואל מודה. דבהא לא תיקום בהדיה בדינא ודייני ותמות ברעב בינתים. ועוד דכל שמשלחה מביתו הרי הוא כמורד מתשמיש. ואם רצתה מוסיף לה ג' דינרים בשבת כמו ששינוי בפרק אף על פי. ואם רוצה יוציא ויתן כתובה. כל שפירש ממנה מתוך הכעס יותר מן הזמנים שנאמרו בפרק אף על פי כל אחד ואחד לפי מה שהוא אדם. שהכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה ועיקר נישואין על דעת כן. ואפילו באומר אני בבגדי והיא בבגדה יוציא ויתן כתובה, כל שכן במובדל ממנה לגמרי, דהיינו השמים בינו לבינה".

וכן כתב הרמ"א בסי' קנד ס"ג - "וכן איש שרגיל לכעוס ולהוציא אשתו מביתו תמיד, כופין אותו להוציא, כי ע"י זה אינו זנה לפעמים ופורש ממנה בתשמיש יותר מעונתה והוי כמורד ממוזנות ותשמיש".

הרי מבואר ברשב"א וברמ"א שאם מורד יותר משעור עונה הראויה לה, דינו כמורד.

וכן כתב בהפלאה סי' עו סק"ב, וז"ל - "נראה פשוט דבמורד לזמן שהוא יתר מעונה ג"כ יוציא מיד, כמו במדיר דאין חילוק בין סתם למפרש, דקיי"ל בתשמיש דיותר משבת אחת יוציא, וה"נ אין חילוק דהא במדיר הוי פת בסלו טפי".

לפי"ז אף אם הבעל הגיע לתקופה שבה האסיר מקבל חופשה פעם בחודש, עדיין יש כאן גדר של מורד, ומבואר בסי' עו ס"ה שאינו יכול לשנות ממלאכה שעונתה קרובה למלאכה שעונתה רחוקה.

אלא שההפלאה שם נקט בדעת הב"ש בסי' עו סק"ה שלדעתו מורד לזמן קצוב אינו נידון כמורד.

אך תמוה לומר שהב"ש יסתום דבריו בניגוד לדברי הרשב"א והרמ"א, ובניגוד לדברי השטמ"ק בשם כמה ראשונים שנידון כמורד. ואמנם מעיין בדברי הב"ש נראה שאין הכרח שהב"ש סובר את המיוחס לו בהפלאה.

וז"ל הב"ש - "כופין אותו מיד להוציא ... ואין להקשות לדעת רמ"א דכתב לקמן דאין כופין אותה לקבל גט תוך י"ב חדש מחמת תקנת ר"ג ולמה כופין אותו. ואפשר שם יש גבול לדבר עד י"ב חדש שאני".

הב"ש הקשה מדוע המורדת עדיפה ממורד, ואין כופין אותה מיד לקבל גט. וכתב הב"ש לישב, שאילו היה הדין

יש אפשרות להפרד מבעלה ע"י חוקי המדינה, אכן אם יעבור הזמן הזה לא תהיה לה אפשרות עוד. ועתה שאלה ממני אם תמרוד נגד דת יהודית אם תיפרד מבעלה ע"י ערכאות שלהם, ואינני יודע להשיב על דבר קשה כזה ובפרט משום שהאשה רוצה לנסוע אל אחיה לאמריקא עם שני בניה הקטנים, אם יש לדמותו לרועה זונות באה"ע סי' קנ"ד סעי' א' בהגהה, או למה שפסק החכם צבי בתשובותיו סי' קל"ג, גם בע"ה מימי לא הוצרכתי לדון על עון כזה מה דינו לפי דתנו - לא ראיתי תוכן הקטרוג, אכן סובר אני שבודאי לא בא לידי תשמיש, אלא לידי נגיעה בידיים במקומות נסתרים של גופם של הילדים."

ובתשובתו כתב הגרי"י וויינברג ז"ל - "לפי דעתי הדבר פשוט שיש לדמותו להא דתשובת ח"צ סי' קל"ג, שאין לכופו לגרש, מאחר שלא היתה כאן התראה וגביית עדות ע"י ב"ד ישראל וכו', ואין אנו סומכים על גביית עדות שלהם, והרבה שנאת ישראל ושמחה לבזות שם ישראל, עושה. אבל מ"מ יכולה לומר מאיס עלי, ודינו מבואר באבה"ע"ז סימן ע"ז סעי' ג' בדברי הרמ"א, ע"ש. ומעתה ודאי שיכולה להפרד ממנו ע"י ערכאות. ברם, על כת"ר להתרות בה שאחר הפירוד ע"י ערכאות אין לבי"ד לכופו אותו לגרשה כדת משה וישראל, אבל אפשר שאח"כ יגרשנה מדעתו ומרצונו ואז בודאי ישר וטוב. ואם רוצה להכניס א"ע לספק זה, הרשות בידה, אבל חלילה לה לכופו את הבעל ע"י ערכאות שיגרשנה בדיני ישראל. שום רב ומו"צ לא ירצה לסדר את הגט, וגם הגט יהיה פסול, כדין גט מעושה, ורק אם יגרשנה אח"כ ברצונו הטוב יהיה הגט כשר."

והנה, מש"כ לענין התראה יבואר להלן. אך תלה פסקו גם בכך שאין מקום לסמוך על גביית עדות של הערכאות. ועיין בספר שבות יעקב ח"א סי' קיג ושם מתבאר מה הם גדרי הראיות לענין פסק דין לחיוב או כפיית גט.

וז"ל השאלה - "אשה אחת צעקה במר נפשה ומייללת בקולה על בעלה שהכה אותה איזה פעמים והתרו בו על פי בית דין שלא יכה אותה עוד, שאל"כ יכפוה לגרשה וכמבואר באבן העזר סי' קנ"ד סעי' ג' בהג"ה. ויהי היום ואין איש מאנשי הבית בבית רק הבעל ואשתו ומשרתו, ויכה האיש את אשתו מכת אכזריות והיא צעקה ואין מושיע לה, וכאשר מקול ענות נתקבצו אנשים לביתם לראות ולשמוע מה הקולות משמשות, הראתה להם מכות אכזריות שכל אחוריה וגבה נפוח ונצרר ממכות רשע שהכה בעלה, והוא כופר בכל ואמר שלא הכה אותה כלל רק שאולי היא חבלה בעצמה או משרתו, לתלות הסרחון בו ושמה עיניה נתנה באחר. והיא אומרת שאיך אפשר לחבול בעצמה כל כך לאחוריה, אף גם איך עולה על הדעת לחבול בעצמה כך, ומשרתו מעולם לא עלה על דעתו להכות אותה מעולם, גם הוא מועד בכך והמשרת הוא עד מסייע לה. ילמדינו רבינו הדין עם מי."

ובתחילת דבריו כתב השבות יעקב - "תשובה עיקרא דהא מילתא יש לדמות למה ששינוי במתניתין דפרק כל

כפייה, במדיר הכפייה היא להוציאה בגט, ובמורד הכפייה היא להוסיף על כתובתה, ובשניהם הכפייה היא אמצעי להציל את האשה מהמצוקה שמציק לה הבעל. ומבאר הר"ן הטעם שבמדיר כופין אותו להוציא, ובמורד אין כופין אותו להוציא, אלא מוסיפים. משום שבמורד המטרה היא לא גירושין, אלא שיחזור ממרדו ולשוב לשלום בית, ולהחזיר את המצב לקדמותו, וזה ניתן לעשות, שבידו לחזור בו ממרדו. משא"כ במדיר, אין בידו להחזיר את המצב לקדמותו, דכיון שהדירה ואין מוצא פתח לנדרו מה יעשה, ולכן התקנה לשחרר את האשה מסבלה היא לכופו על הגט שתפטר ממנו, וזה שיודעת שלבסוף שבוע תפטר ממנו ויש קצבה לסבלה נחשב שיהא פת בסלה. משא"כ במורד שאין כופין אותו להוציא, ולמרדו אין קצבה, נחשב שאין פת בסלה, ומשו"ה פוחתין ומוסיפים אפילו כשהיא נדה, עכ"ל.

לפי דרך זו, אסיר שאין בידו ואינו יכול לחזור ממרידתו, הרי שבכל הנוגע לכפיית הגירושין אינו דומה למורד, ואין טעם ותועלת ללחוץ עליו בהוספה על הכתובה, ובנסיבות אלו לכו"ע דינו כמדיר המחוייב בגירושין. אמנם נקבע זמן קצוב למאסר, אך מאחר שקצבה זו ארוכה, דינו כמדיר את אשתו לתקופה קצובה וארוכה, שדינו כמדיר בסתמא.

מסקנת הדברים - אדם שעסק בפלילים בפשיעתו, ונשפט ונכלא, יש לדונו כמורד, וכמו שפסק הבית מאיר, וכן בשו"ת ציץ אליעזר ח"ו סי' מב פ"ג סק"א פסק בבעל הנמצא במאסר, דמכיון שהבעל באשמתו נמצא במאסר דינו דמוורד ויש לכופו על הגט.

אך יש להתנות הלכה זו בשלשה תנאים.

א. שעשה מעשה ברור שיש בו משום פשיעה, והיה ברור שאם יתפס, ישפט למאסר. משא"כ אם נכלא עקב עבירות שאין מקובל לכלוא בגינן, אי אפשר לראות במעשיו היבט שיש בו פשיעה כלפי אשתו, אך אם כבר תלוי ועומד כנגדו מאסר על תנאי, וחזר ועבר עבירה דומה בתוך תקופת התנאי, או שעשה מעשה פלילי ברור, שידוע לבעל ללא כל ספק, שאם יתפס יכלא לתקופה ממושכת, הרי שבנסיבות אלו יש לראותו כמורד עם כל המשמעויות הכרוכות בכך.

ב. שנכלא לאחר שהודיה במעשיו או עכ"פ קיימת הוכחה ברורה על מעשיו.

בספר שרידי אש ח"ג סי' כט נשאל בלשון זו - "איש אחד מקהלת גליל ווירצבורג שלח ידו בנערות קטנות והדיינים בדין שהיה קודם ב' שבועות שלחוהו בבית הסוהר למשך ד' שנים, ועתה באה אשתו לפניו וספרה לי דברים אחדים על אודות האיש הלז, מיום החתונה היה בבית חמיו שותף בבית מסחר שלו, אכן לא היה אפשר לסמוך עליו כי היה עצל ושקרן ואיבד כמה מעות, ועתה אחר העון הזה האשה לא רוצה לשבת עוד עמו, היא אומרת שאין לה עוד שום קשר עם איש כזה אשר הוא אב לב' ילדים קטנים ועשה חטא גדול כזה. ואף שהוא כותב שרוצה לשוב, היא אינה רוצה לסמוך על דבריו, כי דבר כן כמה וכמה פעמים וכעת

מוסיפין לה על כתובתה ... ואם היא רוצה, כופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה"

ומפשטות לשון השולחן ערוך וכן הוא לשון הטור, שלא נקטו לשון "יוציא ויתן כתובה" אלא כתבו בלשון כפיה, נראה שלדעתם במורד כופין לגרש כפיה בשוטים.

והנה בשו"ע סי' קנד סעיף כא כתב - "כל אלו שאמרו להוציא, כופין אפי' בשוטים. וי"א שכל מי שלא נאמר בו בגמרא בפירוש כופין להוציא, אלא יוציא בלבד, אין כופין בשוטים אלא אומרים לו חכמים חייבוך להוציא, ואם לא תוציא מותר לקרותך עברייך. הגה, וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא, ראוי להחמיר שלא לכופ בשוטים, שלא יהא הגט מעושה".

וכתב החזו"א סי' קח ס"ק יג - "אה"ע סי' עז ס"א ואם היא רוצה כופין אותו מיד, האי כפיה במחלוקת שנויה אי בשוטי או בקריאת עברייך וגיבית כתובה, והמחבר והרמ"א סתמו וסמכו על מה שנתבאר סי' קנ"ד, וכן הוא בדרכי משה בהדיא".

אך בביאור הגר"א בסי' קנד ס"ק סה, על מש"כ הרמ"א "אבל אם יש לו אשה בעבירה לכו"ע כופין בשוטים", כתב הגאון, וז"ל - "דמפורש בהדיא בכתובות שם וכנ"ל דכל שמפורש בהדיא ודאי כופין בשוטים, וכן הנך דס"א ודס"ג ודס"י". ובשו"ע בסעיף ג' - "האומר איני זן ואיני מפרנס, כופין אותו לזון. ואם אין ב"ד יכולים לכופו לזון, כגון שאין לו במה לפרנס ואינו רוצה להשתכר להרויח ולזון, אם תרצה היא, כופין אותו להוציא מיד וליתן כתובה. וכן הדין למי שאינו רוצה לשמש".

וכן כתב בתשובת התשב"ץ חלק ב' סי' סח (בתשובה שחלק ממנה הובא בב"י סי' קלד), וז"ל - "אם משעה ראשונה אומר איני רוצה לפייס המלכות ולא אגרשנה ותשב עגונה כאלמנות חיות, נראה שכופין אותו מיד לגרש. דדינא דמורד על אשתו דמוסיפין על כתובתה כדאיתא בפרק אע"פ (ס"ג ע"א) ליתיה אלא לרצונה, אבל אם אינה רוצה בתוספת כופין אותו מיד לגרש. וכ"כ המחברים ז"ל וכ"כ הרמב"ן ז"ל בריש פרק המדיר, דהמשרה אשתו ע"י שלישי לא איתמר אלא ברצונה, אבל על כרחא לא, והוכיח כן מהירושלמי. וכ"כ מפרשים אחרים בחדושיהם בפרק אף על פי, וכן בספר אבן העזר וכן שם האומר איני זן ואיני מפרנס או שאינו רוצה לשמש עמה כופין אותו להוציא מיד ויתן כתובה אם תרצה היא ע"כ. ואע"פ שבאומר איני זן ואיני מפרנס יש חולקין, שאני התם דאיכא למימר דעד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון כדאיתא בפרק המדיר (ע"ז ע"א), אבל באיני משמש דינא הוא דכופין אותו לגרש מיד שא"א לכופו לשמש אפילו אומר אי אפשי אלא היא בבגדה והוא בבגדו אמר ר"ה דיוציא ויתן כתובה כדאיתא בפרק נערה שנתפתתה (מ"ח ע"א). וכתב בעל העטור ז"ל בשם גאון ז"ל דהלכתא כוותיה דהא רב יוסף תני כוותיה ולא כייפינן ליה לשמש בקירוב בשר, שענייני תשמיש אינן בידינו לכופו

הנשבעין נחבל כיצד, היו מעידין אותו שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול ואמר לו חבלת בי והוא אמר לא חבלתי הרי זה נשבע ונוטל ע"כ, וקאמר בש"ס נחבל כיצד אמר ר"י אמר שמואל לא שנו אלא במקום שיכול לחבול בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבול בעצמו נוטל שלא בשבועה, וניחוש דלמא בכותל נתחכך תניא רבי חייא שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו ודלמא אחר דליכא אחר ... ואין מקום לומר כיון דכאן איכא רגלים לדבר שהבעל מועד בכך להכות את אשתו וגם הוא נגד הסברא שהמשרת יכה את אשת אדונו ובעלה אדונו אתה עמהם בבית ואיך הניח להכות את אשתו שהיא כגופו ולא מיחה במשרתו וחזר להכותו אלא ודאי שהוא בעצמו עשה הנבלה הזאת וא"כ אפילו שבועה אינה צריכה, וכופין אותו להוציא כיון דאיכא אומדנות המוכיחות שהוא עשה לה כל זאת. זה אינו דהא קי"ל דלא כרב אחא דאמר גמל האוחז בין הגמלים ושור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך אין אומרים זה ודאי הרגו או נשכו וכמבואר בטח"מ סי' ת"ח דלא אזלינן בתר אומדנא כי האי אף בדיני ממונות, כדמסיק הש"ס בסנהדרין פ"א דיני ממונות דף ל"ז ע"ב. ועיין בפרק אלו הן הנשרפין דף פ' ע"א שנים שהיו עומדים ויצא חץ מביניהם והרג שניהם פטורין ואמר ר' יוסי אפילו אבא חלפתא ביניהם ופרש"י שהכל יודעין שהוא חסיד ולא זרקה לא מחייבינן לאידך משום האי חזקה. וא"כ ה"ה בנדון שלפנינו ... ונחזור לנדון דידן דאף אי נימא דהוי ג"כ אומדנא דמוכח טובא מ"מ, אע"ג דאפשר דמהני לענין נחבל דנוטל בלא שבועה. מ"מ לענין להוציא אשה מבעלה, וכמה קשה גירושין ולדעת מקצת פוסקים דיני נשים כדיני נפשות דמיא, וגם האומדנא אפשר אינו ברור כל כך, א"כ די בכך שנאמין אותה בשבועה בנק"ח כדין הנחבל, אבל בלא שבועה אין להאמינה לכפות אותו לגרשה. ואם אפשר לתווק השלום מתוך מריבה זו מה טוב ונעים לשבת יחד כי גדול השלום בין איש לאשתו ושלום על דיני ישראל כנ"ל, עכ"ל השבות יעקב.

מבואר מדבריו, שלמעשה אין צורך בגדרי עדות המועילה לדיני נפשות, אך עכ"פ בעינן אומדנא המועילה בנחבל בצירוף שבועת האשה. ובשאלה שהאשה אינה מעורבת בה נראה שדעתו למעשה שתועיל אומדנא דמוכח טובא, דאל"כ מדוע תועיל שבועה לעניין פסק דין לכפות גירושין.

ג. במידה שמעשיו הפליליים נעשו בעצה אחת עם אשתו, אם היא הבינה את ההשלכות העלולות לצאת ממעשיו, הדבר דומה ליוצא לסחורה דמהני מחילתה, וכמ"ש המבי"ט.

חייב גט בבעל המורד באשתו

בשו"ע אה"ע סי' עז סעיף א' פסק - "המורד על אשתו ואמר הריני זן ומפרנס, אבל איני בא עליה מפני ששנאתיה,

ליבם וכו' עד [לא רצון חוזרים אצל גדול למכפיי, ואין פנאי להאריך ושלוש מאיר בר' ברוך].

יש לדון האם אסיר נידון כמי שמונע ממנה כל ענייני אישות. והנה זה פשוט שאם הבעל האסיר אינו נותן לה מזונות, דינו כמונע ממנה כל ענייני אישות, מאחר שאינו יכול להיות עמה וגם אינו מפרנס. אך יש לדון מה הדין אם הבעל מפרנסה כראוי, כגון שיש לו נכסים או סכומי כסף מהם האשה ניזונת. לכאורה היה מקום לומר דבכה"ג דינו רק כמורד מתשמיש בלבד. והנה התוספות ומהר"ם למדו מהא דהחולץ שאם מונע ממנה כל ענייני אישות דינו לכפותו בשוטים. בנידון שם בפרק החולץ לכאורה ניתן למצוא דרך אחרת והיא לגבות מהאח המחוייב לחלוץ את דמי המזונות הנחוצים לה, וממילא אינה נמנעת מכל ענייני אישות, ומסתימת הדברים בתוספות שלא כתבו לעשות כן, לכאורה משמע דאין בכך נ"מ. אך עיין בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' סב שכתב בפשיטות גבי יבם שאינו רוצה לחלוץ, שאם גובים ממנו דמי מזונות לא ניתן לכפותו מאחר שאינו מונע ממנה כל ענייני אישות.

לכאורה לפי זה, ה"ה בנידון דידן, אם האשה מקבלת סכום כסף מהבעל בעת שהותו בכלא, או מביטוח לאומי אין מקום לכפותו על הגירושין. אך נראה דודאי אם האשה ניזונת מביטוח לאומי, אין דבר זה מציל את הבעל מכפיית הגירושין, מאחר ומסתבר לומר שביטוח לאומי אינו כשלוחו של הבעל, מאחר וביטוח לאומי אינו פועל על פי הוראות הבעל, אלא על פי חוק הקובע סיוע לנזקקים הנמצאים במצב סוציאלי קשה. ודינה כאשה הניזונת מהצדקה ולא מבעלה, עיין לעיל סי' פג שהארכנו לבסס קביעה זו.

וכן מבואר בתשובת הבית מאיר סי' יד שהבאנו לעיל שכתב בלשון זו - "אם אשה זו חסירה מזונות, והיתה צריכה לצדקה או הספקת קרובים, דהיה לה טענת עונה ומזונות, דהוה דינה כמונע ממנה כל ענייני אישות, ואף לא באונס ממנו אלא בפשיעתו מכח דרכו הרעה, ודאי שהיה מן הדין לכופו אף בשוטים". הרי דפשיטא להבית מאיר שאם ניזונת מצדקה או מסיוע של קרוביה נידונת כאשה שאינה ניזונת מבעלה, ולא עלה על דעת הבית מאיר לראותם כשלוחי בעלה.

אלא אפילו אם הבעל זן את אשתו מממונו, כשהוא כלוא בכלא, יש לדון שאינו דומה למש"כ העין יצחק ביחס ליבם. דהתם אם מפרנסה, הרי שנותן לה מזונות כפי שמחוייב על פי הדין, על כן אינו נידון כמי שמונע ממנה כל ענייני אישות. משא"כ בבעל המחוייב לזון את אשתו על שלחנו, ושלא להשרותה על ידי שלישי, והמשרה אשתו על ידי שלישי בעל כרחא יוציא ויתן כתובה, אם מצטרף לכך שמורד מעונה, יש לדונו כמונע ממנה כל ענייני אישות. ולהלן נברר את מש"כ שהמשרה אשתו על ידי שלישי בעל כרחא, שדינו להוציא וליתן כתובה.

עליהם כענין איני זן ואיני מפרנס שאפשר לירד לנכסיו, וכ"ש המונע אשתו מתשמיש דודאי יוציא ויתן כתובה. וכופין אותו, דהשתא מפני ריח הפה כופין מפני תשמיש לא כ"ש, וטעם זה בירושלמי (כתובות פ"ה ה"ז) הוא מוזכר לענין איני זן ואיני מפרנס. וכ"כ בספר אבן העזר (סי' קנ"ד) תשובה להרא"ש ז"ל במי שרוצה ללכת ולהניח אשתו, שכופין אותו לגרש לזמן קודם שילך. משמע שדין פשוט הוא לכופו לאלתר למי שמונע עצמו מתשמיש המטה, וכן נראה דעת הרמב"ם ז"ל בפרק י"ד מהלכות אישות שמי שאינו יכול לשמש שיוציא ויתן כתובה, אלא שאם הוא מפני חולי נותנין לו זמן אולי יתרפא, וכ"ש שמדברי רש"י ז"ל בפרק השולח נראה שבכל מקום שאמרו יוציא ויתן כתובה כופין אותו להוציא, וכ"כ בספר אבן העזר בסוף הלכות גרושין (סי' קנ"ד) בשם הרי"ף ז"ל וגם הרא"ש ז"ל נסתפק בה בפרק הבא על יבמתו. ובספר העטור באות מרד כתב שהמורד ממלאכה משמתינן ליה עד דעבד וכ"ש מורד מתשמיש".

מבואר בדברי התשב"ץ ששאלת חיובו של המורד בגירושין אינה תלויה במחלוקת הראשונים האם במקום שנאמר יוציא ויתן כתובה כופין על הגירושין, אלא לכו"ע דינו הוא בכפייה בשוטים. אלא שדעות אלו הסוברות לכפות גט במורד מתשמיש גרידא, אינן מוסכמות.

התוספות במסכת כתובות דף ע. ד"ה יוציא כתבו - "ורבינו חננאל הביא מירושלמי, דכל הנך יוציא דמתניתין אין כופין. והכי איתא התם אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות, אמר רבי שמואל תנינא המדיר את אשתו מליהנות כו' שמענו שמוציא שמענו שכופין. ופסק ר"ח משם ש"מ שאין כופין אלא היכא שמפרש בהדיא כופין, אבל היכא דאמור רבנן יוציא, אומרים לו כבר חייבוך חכמים להוציא, ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריינא, אבל לכפותו לא. ולקמן גבי האומר איני זן ואיני מפרנס, לר"ח גרסינן בהדיא כופין אותו ויוציא ויתן כתובה. וההיא דהחולץ דחוזרין אצל גדול למיכפיה לכונוס או לפטור היינו לפי שמונע ממנה כל ענייני אישות בין תשמיש המטה בין מזונות, אבל משום תשמיש המטה לחודיה או משום מזונות לא ... ומיהו אין לכופו שום אדם לגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראייה ברורה, דהא אמרינן דגט מעושה בישראל שלא כדין פסול, ואין להתיר אשת איש מספק".

וכן בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סי' תתקמו כתב - "והמורד על אשתו, אם מורד ממזונות לחוד כופין אותו לזון, כשמואל ס"פ המדיר, או מוסיפין על כתובתה אם היא רוצה. ואם מורד רק [מתשמיש] המטה אמרינן ליה חכמים חייבוך להוציא, ואי לא צריך למקריך עבריינא, אבל לא כפי' בשוטים, וכן פר"ח מכח ירושלמי. אבל [המורד] מן הכל כופים אותו להוציא במילי ובשוטים כיון דמונע ממנה כל ענייני דאישות. וראיה מההוא דפרק החולץ מצוה בגדול

משרה אשתו ע"י שלישי בעל כרחא

במשנה במסכת כתובות דף סד: מבואר דין המשרה את אשתו על ידי שלישי. וכתב בחי' הרשב"א - "פי' הראב"ד ז"ל, כגון שהוא עושה מלאכה בעיר אחרת, או שלומד בעיר שעונתו מערב שבת לערב שבת. ונראה שהזקיקו לרב ז"ל לפרש כן, שאילו בעושה מלאכה בעירו אי אפשר לו להשרותה על ידי שלישי אלא אוכלת עמו על השולחן. ואי לא יוציא ויתן כתובה, משום דשמעי' בה אינשי וזילא בה מילתא, דמה יאמרו הבריות מה ראתה זו להתרחק משלחן בעלה, דתנן המדיר את אשתו מליהנות לו עד ל' יום יעמיד פרנס, יותר מכאן יוציא ויתן כתובה, ואמר עלה בגמרא מאי שנא שלושים, עד ל' לא שמעי' אינשי ולא זילא בי מילתא, יותר משלושים שמעי' אינשי וזילא בי מילתא כן נ"ל".

וכן הובא במגיד משנה בהלכות אישות פי"ב הי"ב בשם הרשב"א.

מבואר מדברי הרשב"א שאם משרה את אשתו לפרנסה על ידי שלישי בעל כרחא, לתקופה העולה על שלושים יום יוציא ויתן כתובה. הרשב"א למד כן מדינו של מדיר את אשתו, והטעם בשניהם דזילא בה מילתא שתהא מרוחקת משלחן בעלה.

וכן כתב בחי' הריטב"א (שם) - "ובירושלמי הקשו ממשנתינו על משנת המדיר ואמר' כגון כשלא קבלה עליה, כלומר דמתניתין דהכא אינו יכול להשהותה ע"י שלישי יותר משלושים יום אלא אוכלת עמו על שולחנה או יוציא ויתן כתובה וכן פסק הרשב"א".

וכן כתב הנמוקי יוסף (שם) דאם אינו נותן לה לאכול עמו יותר משלושים יום יוציא ויתן כתובה.

וכן בב"י סי' ע' הביא תשובת הרשב"ש שאם משרה אותה שלא מרצונה על ידי שלישי דנין לו כדין מורד.

ואף לשיטת הרמב"ם (הלכות אישות פי"ב הי"ב) שיכול להשרותה ע"י שלישי ופסק דלא כירושלמי וכן פסק המחבר בשו"ע סי' ע' ס"ב (ודלא כרמ"א שפסק כירושלמי), הרי עכ"פ צריך לאכול עמה מלילי שבת ללילי שבת.

ובתשובת התשב"ץ ח"ב סי' רנט כתב - "ופסקו הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל כמאן דאמר אכילה ממש שחייב לאכול עמה ליל שבת מפני כבוד השבת, ולענין תשמיש אינו רשאי לגרוע עונתה כלל ... ואם עושה כן בין בתשמיש בין להשרותה על ידי שלישי שלא ברצונה דנין להם כדין מורד על אשתו", עכ"ל. ועיי"ש שנסאל הדין עפ"י פסקי הרמב"ם. הרי שדעתו דאף לשיטת הרמב"ם אם אינה אוכלת עמו בלילי שבת יוציא ויתן כתובה, ואינו מפני שהבעל נידון כמורד מתשמיש, אלא מחמת שזילא בה מילתא שאף בשבת אינו אוכל עמה.

וכן מהרי"ט בתשובה ח"א סי' קיג, כתב שאם הבעל אומר לאשתו שתבוא לבית חמיה ושם חמיה יתן לה את מזונותיה, שאין זו טענה. וז"ל מהרי"ט - "אלא שיש לפקפק בנדון דידן שחמיה אומר לכשתבא לביתי אזונה כמו שהייתי

זן אותה בתחילה, אם כן אין כאן טענת חיי נפש שהרי יכולה לגלגל עמו בבית חמיה כמו שהיתה מגלגלת עמו עד עכשיו. איברא שאין האיש יכול לכופו את אשתו שתדור בבית אביו עם קרוביו וקרובותיו וגם לא שתהא ניוזנת על יד אביו, וכאותה שאמרו בירושלמי בפרק המדיר, דפריך ויעמיד פרנס ומשני רשות ביד אשה לומר אי אפשר להתפרנס מאחר אלא מבעלי, והתנן המשרה אשתו על ידי שלישי כאן בשקבלה עליה כאן בשלא קבלה עליה אי בשלא קבלה עליה אפילו יום אחד לא יעמיד מגלגלת עמו שלשים יום שמא ימצא פתח לנדרו עד כאן. אלמא בשלא קבלה עליה לא מצי כייף לה ושלשים יום מיהת היא דמגלגלה בהדי' שמא ימצא פתח יתר מכאן יוציא ויתן כתובה. וכאן אינה צריכה להמתין אפילו שלשים יום שאין לה פתח תקוה שתהא משמרת לו, ומכל מקום נהי דלא מצי כייף לה אלא אמרינן ליה שיוציא ויתן כתובה וכפיה במילי וקרינא ליה עבריינא, אבל לכופו בשוטיין כדין האומר איני זן ואיני מפרנס לא כייפינן ליה.

ועדיין יש לבעל דין לומר דשאני התם שאף על פי שעברו שלשים יום ולא מצא פתח לנדרו מיכף לא כייפינן ליה לגרש שעדין אפשר שימצא פתח לנדרו הילכך מגלגלין עמו לכופו על הכתובה וכופין במילי על הגט, שמא מתוך כך ימצא פתח לנדרו, אבל היכא דאין ידו משגת ואנו יודעים שאי אפשר לו לזונה אם לא יהא על ידי פרנס והיא אינה מתרצית בכך הדין נותן לכופו מיד לגרש. ותדע לך דיש לחלק בכי האי גוונא דבס"פ החולץ אהא דאמרינן ההיא אתתא דאמרה לא בעיא ההיא גברא חוטרא לידה ומרא לקבורה, דכיון דבאה מחמת טענה כופין אותו לגרש. וכתוב במרדכי שם משם הר"ם ז"ל דה"מ דהוי איהו עקר ואין לו תקנה לעולם, אבל המדיר את אשתו מתשמיש המטה דרתח עלה וסופו להתפייס בהא לא אשכחן שכופין אלא למקריא עבריינא, כדפי' ר"י בפרק המדיר עד כאן. הרי דבביטול תשמיש חלקו בין אפשר ללא אפשר דהיכא דלא אפשר כופין מעכשיו לגרש, אף כאן לענין מזונות אע"ג דהיכא דאפשר לו אם לא מחמת הנדר לא כייפינן ליה, אלא למקרייא עבריינא דשמא יתפייס אחר כך. אבל היכא דלא אפשר ליה לגמרי כופין דכי היכי דהתם באה מחמת טענה. הכא נמי באה מחמת טענה דאין רצונה לדור עם חמיה וחמותה וקרוביו ... דמציא אמרה אי אפשר להתפרנס מאחר אלא מבעלי ואביו נמי לגבי בעלה כאחר דמי ... ומכל מקום לענין כפיה, אף על פי שיש לחלק בין זו לההיא כמ"ד שלשים יום יעמיד פרנס, אכתי אין לנו ראייה ברורה לכופו על הגט בטענה זו, ואין לנו אלא במקום שמצאנו מפורש, אבל מטענת חולי הכפיה, להיות הדבר חמור מאד וראוי לכל אדם לברוח ממנו".

מבואר בדברי מהרי"ט שאם הבעל טוען שתבוא אל אביו ושם יפרנס אותה אביו, דאין זו טענה, מאחר ואינה מחוייבת על פי דין לגור אצל אביו. ודמי למשרה אשתו על ידי שלישי בעל כרחא. ואף שמהרי"ט הסתפק אם מהאי טעמא לחוד

גם זו לטובה דהרה"ג מוהר"ח ז"ל בתשובה אה"ע סי' מ"ט כתב דהרי"ף והרא"ש והרמב"ם והטור וראבי"ה והובא במרדכי פרק החולץ חולקים על סברא זו. וגם התוס' בפרק אע"פ דף ס"ד ד"ה תבע לחלוץ, דנראה מדבריהם בתירוץ בתרא דאזלי כשיטת מוהרי"ח, יש לצדד כדבריהם ושגם הרה"ג מוהרש"ד"ם באה"ע סי' ס"ו כתב בפירושו דכל שאין היבם רוצה לחלוץ ולא ליבם כופין אותו, ולא חילק בבאה מחמת טענה או לא. נמצא דבעיקר דינו של מוהרי"ח חולקים עליו המלכים האדירים, ואינו מוסכם. ופוק חזי למוהר"ח ז"ל בתשובה שם דהגם שכתב דמדברי הרשב"א בתשובה הובאה ביתה יוסף סי' קס"ה והיא באלפיו סי' אלף רמ"ז מוכח דס"ל כמוהרי"ח ובעבור זה נרתע לאחוריו עכ"ז סיים וכתב וז"ל דכל שהיא אומרת או כנוס או פטור והוא אינו רוצה לא לכנוס ולא לפטור כל אפיא שוין שכופין. ומה גם מדברי הרשב"א בתשובה, הגם שכתבנא לעיל מה שנראה בכונתו אין הדברים ברורים. כלל הדברים דמאחר דחזינן למוהרש"ד"ם גדול בדורנו שהורה למעשה שכופין אף באינה באה מחמת טענה, ולדידן אף שנרצה להחמיר בנ"ד שבאה מחמת טענה ויש כמה צדין להורות שכופין כדכתיבנא הכי נקיטנן עכ"ל נמצא דסברא זה דמוהרי"ח ז"ל בהג"א היא הפך הראשונים ורבני האחרונים לא עיילוה לבי מדרשא.

ואני עני בתר דמחוינא קדה וגלגול מחילות מעצמותיו הקדושים של הש"ך ז"ל אמינא דאין זה ענין למאי דקמן. דעיקר ושורש טענה זו יצא עתק מסוגיית הש"ס דכתובות ס"ה ע"א ויבמות ס"ה ע"ב, והתם קאי היכא שבאה האשה לטעון בעבור פריה ורביה וא"ל רבנן זיל לא מפקדת ואמרה האשה בעינא חוטרא לידה וכו' וזיכרה רבנן ומי לא עסקינן דהאשה שתובעת או כנוס או פטור יש לה במה להתפרנס או ממעשה ידיה או מממונה ולא באה לתבוע מזונות ולא שום דבר וע"כ צריכה היא לבא בטענה דטענת פו"ר אינה טענה לכוף ליבם דהיא לא מפקדא וא"כ למה תובעת יבום או חליצה. אבל אם אין לה במה להתפרנס והיא באה בשביל מזונות, אינה צריכה שום טענה דאין לך טענה גדולה מזו. תדע דבמחלוקת רב ושמאל לא מצינו מחלוקת בפוסקים רק אם הלכה כרב או כשמאל, אבל אליבא דכו"ע גם ר"י מודה בזה ולא מצינו בשום אחד מאלו הפוסקים דבא בלשונם שצריכה לבא מחמת טענה זו דמה ענין חוטרא לידה בענין המזונות, ואילו הכא ר"י הוא האומר דצריך שתבא בטענת חוטרא לידה. אלא ודאי דאינו ענין יבום להך דהכא, וע"כ צ"ל כן בדעת הרשב"א דאילו בסי' תרכ"ג פסק לכוף ע"י חסרון תשמיש ומזונות לבד ואילו בסי' אלף רמ"ז דצריך שתבא בטענת חוטרא לידה. אלא ודאי דשנין דא מן דא דביבום כשאינה באה להתרעם על מזונות רק שהיא רוצה לכנוס או לפטור, התם ודאי כדי לכוף ליבם בעינן שתבא בטענת חוטרא לידה וכו', דאי לאו הכי אין לנו כח לכופו ובזה יבאו על נכון דברי ר"י ודברי הרשב"א דלא יסתרו זה את זה מחמת עצמם. וכן ההיא דמוהרי"ק"ו שרש

כופין, עכ"פ פשיטא ליה דעכ"פ יוציא ויתן כתובה. על כן בהצטרף עם מורד מתשמיש, יחשב כמונע ממנה כל ענייני אישות, דדינו לכפות אף לשיטת ר"ח.

שיטת הש"ך בספרו גבורות אנשים

עיין בפת"ש סי' קנ"ד סק"ז שהביא מסקנת הש"ך דבמונע ממנה כל ענייני אישות מעיקר הדין יש לכפותו בשוטים, אך למעשה יש לחוש ושלא לכפותו אלא אם באה מחמת טענה. אך מצינו בהרבה פוסקים שכתבו שלא לחוש למסקנת הש"ך בזה. עיין בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' סב שהאריך להוכיח שבמונע ממנה כל ענייני אישות כופין בשוטים אף כשאינה באה מחמת טענה. ובסוף התשובה (סק"ג) כתב - "וידעתי למה שכתב הפתחי תשובה אה"ע סי' קנ"ד סק"ז בשם גבורת אנשים אשר אף במונע ממנה כל ענייני אישות אין כופין בשוטי כו' עכ"ל. אבל זהו רק דעת יחידאה ואנו אין לנו לשמוע רק לדברי השו"ע אשר מימיהם אנו שותין, שהכריעו כשיטת רוב הפוסקים דפסקו בכזה דכייפינן בכפיי" גמורה".

וכן מוכח מתשובת העונג יו"ט שהבאנו לעיל. ועיין בפד"ר חלק ח' עמ' 127 שהוכיחו כן מהעונג יו"ט ומדברי החתם סופר, וכן העלו לדינא. וכן בפד"ר ח"ב עמ' 257 (הנזכר לעיל) כתבו שאמנם הש"ך כתב שלא לכפות בלא טענת "חוטרא לידא" וכו', אך למעשה כתב העין יצחק ח"א סי' כד אות נ' שלהלכה אין לנו אלא את דברי השו"ע והב"ש שכופין לגרש גם בלא טענת "חוטרא לידא".

וכן כתב בספר נושא האפוד (להג"ר דוד פיפאנו ז"ל) סי' לב, ומאחר וספר זה אינו מצוי נביא את דבריו באריכות, וז"ל - "הרב מטה לחם שם הביא מתשובת הרשב"ש סי' שפ"ג דהסכים שכל המונע ממנה כל ענייני אישות כופין אותו לגרש ושכן העלה הרב פורת יוסף באה"ע סי' ה' ... וכתב דעם כל זאת מידי פלוגתא לא נפקא, והוא דהש"ך בספר גבורת אנשים סי' כ"ח וכ"ט והובא בס' פ"ת סי' קנ"ד סק"ז ... כתב משם הג"א פרק אע"פ גבי לא רצה לא לחלוץ ולא ליבם דכופין אותו, דה"ד בבאה מחמת טענה, אבל לא באה מחמת טענה לא כפרי"י, ומפרש הרב דהיינו טענה דבעינא חוטרא לידה ומרה לקבורה, ואף דלדינא היה נראה עיקר דהיכא דמונע ממנה כל ענייני אישות אף דלא באה מחמת טענה כופין, למעשה צ"ע ... וסוף דבריו כתב הרב מטה לחם שם דמידי פלוגתא לא נפקא, ומכותלי דבריו ניכר שדעתו להחמיר. ולע"ד יש לעמוד על דעת דרבנן ובפרט על הש"כ ז"ל שהוא המוליד סכסוך זה (ואין ס' גבו"א מצוי אצלי אך אודין ואידון ע"פ מה שהעתיק הרב מטה לחם) דעל סברא זו דמוהרי"ח אשר בנה יסודו וקבלו כהלכתא פסיקתא, כתב עלה הרב משפט צדק בח"ב סי' ע"ב דמאחר שכל הפוסקים שפסקו דין זה דפרק החולץ ולא חילקו בדבר בודאי דפליגי עליה, ולפי דעתו כמעט דהוי סברא יחידאה וכל שהיבמה תובעת לחלוץ או ליבם אפילו שלא באה מחמת טענה כופין.

א. בהוצאה החדשה של תשובות הנודע ביהודה בהוצאת מכון ירושלים, הוסיפו הג"ה מבן המחבר שנשמטה בהוצאות הקודמות. על דברי הנודע ביהודה שכתב - "ושוב הראני בני הרב מו"ה שמואל שכן מפורש בגמ' בכתובות ס"ג ע"א ולא לאימלוכי ביה בעי". כתב בנו של הנודע ביהודה - "היינו לגירסת רש"י ז"ל, אבל הרא"ש (שם פ"ה סי' לב) וכמה פוסקים גורסים בגמ' וכי לאו לאימלוכי בה בעי, עיי"ש ודו"ק, ועיין בטור ושו"ע אבן העזר ריש סי' ע"ז". מבואר מדבריו שלשיטת הראשונים הגורסים בגמרא "ולאו לאימלוכי בה בעי", אין כל ראיה לדין זה שהבעל צריך התראה, וצ"ע לדברי הרא"ש הטור והשו"ע שנקטו כגירסת "לאימלוכי בה" ועל כן השמיטו את הצורך בהתראה לבעל.

ויש להוסיף דהרבה ראשונים דחו את שיטת רש"י. בחי' הריטב"א (שם בסוגיא) כתב - "גרסת רש"י ז"ל ולא לאימלוכי ביה בעי ... והקשו עליו דא"כ הוה לן לפרושי כמה זמן נותנין לו לאימלוכי, ואע"ג דבעלמא זמן בי"ד שלושים יום, דלמא הכא מוספינן או מבצרינן, ולא עוד אלא דפשטא דמתניתין משמע דלעולם מוסיפין לה עד שיגרשנה מדעתו, ועוד דכיון דלהמלכה הוא דיהיבין ליה זמן, היאך אנו קונסין אותו בינתיים. והנכון כגירסת הספרים שגורסין ולא לאימלוכי בה בעי".

ובחי' הרא"ה הוסיף להקשות על גירסת רש"י - "ותו דקא מתמה עלה דמלתא דקאמר ולא לאימלוכי ביה בעי, מכלל דפשיטא מילתא, והא מנא ליה". דהיינו שזו סברא פשוטה דבלא מקור מפורש הגמרא לא היתה מניחה שיש צורך בהתראה לבעל.

וכן נקטו כשיטה זו דגרסינן "לאימלוכי בה" בתוספות רי"ד במאירי ובחי' רבינו קרשקש (עמ"ס כתובות שם). ואף רש"י עצמו במהדורה קמא כתב כגירסת שאר המפרשים, וכמו שהביא השטמ"ק.

ובספר נושא האפוד (להג"ר דוד פיפאנו) סי' לב כתב על דברי הנודע ביהודה - "נפלאו ממני ... דמה שחידש בטובו דבעינן התראה ומר בריה סייעו דכן הוא מפורש בכתובות ס"ג ... ואדרבא כפי מה שנבאר ונהפך הוא, דמהתם נפקא דאין צריך התראה, דהנה אמת דלפי פרש"י גבי מ"ש בש"ס ולא לאימלוכי ביה בעי, שפירש שמא יחזור בו ובתוך זמן שאנו נמלכין בו ומחזירין עליו שיחזור בו מוסיפין על כתובתה היא ראיה לדבריהם, אך נעלם מהם מה שפירשו הראשונים בסוגיא זו. שא נא עיניך וראה להרב"י בסי' קנ"ד שהביא דברי הרא"ש שכתב דלמסקנא דאמרינן דלאו לאימלוכי בה בעי, שאם היא רוצה כופין אותו לאלתר ואם היא רוצה ימתינו שמא יחזור בו. וז"ל הרב"ח ... דע שיש חילופי גירסאות בהך שינוי דקא משני תלמודא דרש"י גריס ולא לאימלוכי ביה בעי, והרא"ש וכל האחרונים ז"ל גרסי בה, פירוש שנמלכין בה מה היא רוצה או שיוסיפו לה או שיוציא ויתן כתובה ואיזו שתרצה יעשו לה וכו'. והרא"ה כתב איכא דגרסי ולא לאימלוכי ביה בעי ופירשו שנמלכין בו ואם לא חזר יוציא

קל"ה דקדש אשה ואינו יכול לכנסה וצריכה גט, אין אנחנו יכולין לכופו על הגט, כי מזונות אינה יכולה לטעון, דארוסה אין לה מזונות, לכן צריכה לבא בטענה דחוטרא לידה, כי ע"פ טענה זו יכולין אנחנו לכופו. ומ"מ אף לפי דעת הרב ש"ך דעריב ותני מסכת עירובין, מידי מחלוקת הפוסקים מערכה לקראת מערכה לא נפקא. ובכן נסעה ונלכה לנ"ד דאיכא הכא כמה ספקי לכופו לגרש. ספק האחד, דלמא הלכתא אזלא כסברת הרא"ש ודעימיה דפסקו כרב דכופין לגרש כל שאינו זן אותה.

(ב) ואת"ל דהלכה כהרי"ף ור"ח דפסקו כשמואל, באין לו מיהא יודה דכופין לגרש וכמ"ש הרשב"א לדעתו, ונ"ד הוי אין לו.

(ג) את"ל דכיון דלא נתברר בבירור אם אין לו, י"ל שכופין לזון ולא לגרש, האיכא אחריתי דעליה יכולין לכופו לגרש והוא דאינו משמש ובשביל זה כופין לגרש וכסברת האומרים כן, ומרן מכללם.

(ד) ואת"ל דהלכה כהאומרים דבשביל חסרון תשמיש אין כופין, דלמא הלכה כהאומרים דהיכא דאיכא תרתי חסרון מזונות ותשמיש כופין אותו אפילו ביש לו.

(ה) ואת"ל דאפילו לסברתם בעינן שתבא בטענת חוטרא לידה וכו' וכסברת הש"ך ז"ל, הלא גם זה אינו ברור ואיכא ספקא דדלמא הלכה כהאומרים דלא בעינן שתבא בטענה, כ"ש אם נאמר דאותה סברא אינה ענין לזה. וכיון דאיכא הכא כמה ספקי לית לן למיחש לגט מעושה וכופין אותו", עכ"ל תשובת נושא האפוד.

הצורך בהתראה בטרם יפסקו לכפות את הגט

בסיום פסק הדין כתבו בפד"ר שם -

"זאת ועוד, דכתב בשו"ת נודע ביהודה מהד"ת סי' צ' ח"ל ובאומר איני זן ואיני מפרנס אפילו לרב דכופין, מ"מ מי לא בעי התראה, וכי עדיף כוח האשה מכוח האיש, ובכל הני שהאשה יוצאה בלי כתובה בעי התראה ... אלא ודאי דדוקא כשהתרו בו הב"ד והוא עומד במרדו ואומר איני זן ... ובנ"ד הרי לא התרו במערער, והוא לא אמר איני זן, אלא לפי מצבו כיום אין בידו לפרנסה, א"כ פשוט הוא שאין לחייבו לתת גט למשיבה".

ולהלן דברי הנודע ביהודה - "והנה אני תמה ובאומר איני זן ואיני מפרנס אפילו לרב דכופין, מ"מ מי לא בעי התראה וכי עדיף כח האשה מכח האיש, ובכל הני שהאשה יוצאה בלי כתובה בעי התראה, ודברי רב מוכיחים כן, דרב אמר האומר איני זן וכו' ולמה לא אמר מי שאינו זן ואינו מפרנס יוציא וכו' ולמה תלה הדבר באמירתו, אלא ודאי דדוקא כשהתרו בו הב"ד והוא עומד במרדו ואומר איני זן וכו'. ושוב הראני בני הרב מו"ה שמואל שכן מפורש בגמ' בכתובות ס"ג ע"א ולא לאימלוכי ביה בעי".

ביחס לדבריו אלו של הנודע ביהודה, יש להעיר כמה הערות.

יהא איסורא קל מממונא, וז"ב בעיני אף לפ"ד בעל האגודה. ואיך שיהיה אין נ"ד דומה לדברי בעל האגודה דהתם מיירי במוחזק ורגיל בכך, ועוד דלא היתה כאן התראה ועוד שהרי שכתב בתשובה ורוצה לקבל עליו דברי חברות, ואפילו אם היה מומר גמור אם לא כפוהו עד ששב לדת ישראל ודאי שאף האומרים לכוף למשומד יודו כיון שלא כפוהו בעודו בהמרתו כיון שחזר בו שוב אין לכופו, ומכ"ש ברועה זונות שבא לשוב בתשובה שאף בעל האגודה מודה שאין כופין אם לא בשעבר על קבלתו פעם ושתים, ודבר פשוט הוא שאין לך דבר העומד בפני תשובה, וגם חוזר לכשרותו לכל דבר תכף כשיקבל עליו דברי חכמים לשוב בתשובה שלמה. סוף דבר המעשה בני"ד ליתן גט הוא שלא כדין ועתיד ליתן את הדין".

וכן החזו"א (אה"ע סי' קח ס"ק יג) כתב - "והא דכופין אותו לגרש היינו אפילו חוזר ממרדו, מיהו נראה דצריך התראה כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל מג. ואם עמד במרדו אחר התראה ואח"כ חזר כופין, דאל"כ לעולם יחזור וימרוד". אמנם הראיה מדברי הרא"ש אינה מוכרחת, עיי"ש בתשובת הרא"ש בכלל מג סי' י', עכ"פ החזו"א כתב בפשיטות כסברת החכם צבי והנודע ביהודה.

ועיין עוד בפד"ר חלק ז' עמ' 75-82 במה שהביאו מתשובת הגאונים מדברי הרמ"ה שבשטמ"ק ובסיום דבריהם כתבו - "ומעתה הוברר לנו שאמנם איש המורד על אשתו מתשמיש אינו חייב לגרש אלא אחרי שביה"ד מתרין בו, אבל אין ממתינין לו אחרי התראה ואין נותנים לו זמן שימשוך במרד, אלא אם אינו חוזר מדרכו המרדנית יוציא מיד".

וע"ע בספר משפטי שאול סי' לה בפסק דין מבית הדין הגדול ביחס לחיוב גט כשמבקש להכשיל אשתו באסור נדה, דאין מחייבים בטרם יתרו בו.

אך נראה שיש מקום לחילוק עקרוני בין שני סוגי מקרים. באותם מקרים שכעת האשה תובעת לכופו בגט עקב מעשה שנעשה על ידו ובידו לשוב ממעשיו או שכבר שב ממעשיו שהם העילה לחיוב הגירושין, ככה"ג יש טעם להתרות בו, שמא על ידי ההתראה יחזור בו או שלא ישוב לכסלו, וענין התראה זו הוא כסברא המבוארת בגמרא (כתובות דף עז). "עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון", וה"ה הכא עד שיכפוהו להוציא יתרו בו ויתקן את המעוות ולא יהא צורך לכפותו לגרש. משא"כ במי שהכניס עצמו למצב הקובע חיוב גט עקב מרידה לתקופה ארוכה, וכעת הדבר כבר אינו תלוי ברצונו, ככה"ג לא מצינו צורך בהתראה.

בפוסקים מצינו התראה במקרים דלהלן -

א. בשו"ע סי' קנד ס"ג - "איש המכה אשתו, עבירה היא בידו כמכה חברו. ואם רגיל הוא בכך, יש ביד ב"ד ליסרו ולהחרימו ולהלקותו בכל מיני ריודיו וכפייה, ולהשביעו שלא יעשה עוד, ואם אינו ציית לדברי הב"ד י"א שכופין אותו להוציא, ובלבד שמתרין בו תחלה פעם אחת או שתים"

ויתן כתובה, וליתיה להך פירושא דעד אימת נטרינן ליה וכו', אבל הגירסא הנכונה ולאו לאימלוכי בה בעי, כלומר אע"ג דהוי דינא להוציא וליתן כתובה נמלכין בה וכו' ואי ניחא לה ובעיית למיפק כייפינן ליה נמי לאפוקה וכו' דהא ודאי מילתא דפשיטא דבדידה תליא מילתא וכו' ועוד בדף ל"ג ע"א כתב בשם הריטב"א דהנכון כגירסת הספרים ולאו לאימלוכי בה בעי, כלומר שנמלכין בה ואם רצתה לצאת כופין אותו להוציא וליתן כתובה לאלתר, ובמהדורא קמא כתב רש"י כגירסת שאר המפרשים ולאו לאימלוכי בה בעי אי נוח לה שיגרשנה מיד ויתן לה כתובה או שיוסיפו לה וכו' והכי גריס המרדכי בסו"פ הבא על יבמתו. הרי דכל הראשונים פה אחד מחקו הגירסא וכתבו לאימלוכי בה, דהיינו עם האשה, ולא לאימלוכי ביה, דהיינו עם הבעל. ואף רש"י במהדורא קמא פירש כמותם. וצא וראה להר"ר ישעיה הראשון הו"ד שם בש"מ דקיים הגירסא ביה, עכ"ז כתב דהרצון באשה ח"ל שם המורד ולאו לאימלוכי ביה בעי פירוש אע"ג דאמר רב יוציא ויתן כתובה, לא מיד אלא נמלכין בו ומתרין בו שאם לא יתרצה להוציא וליתן כתובה אחרי כן אם לא ישמע כופין אותו להוציא. ומכאן מוכח שאם האשה טוענת ואומרת אי איפשי לעמוד בתוספת זה אם תתרצה ותשלים עמי או יתן לי כתובתי שהדין עמה וכו'. הרי דאף דקיים הגירסא ביה ופירש דהיינו התראה, עכ"ז סיים וכתב דאם האשה אינה רוצה בכך שאינה רוצה להמתין שיעשו לו התראה, הדין עמה ופוטרין אותה מיד. באופן דלסברת כולם אינו מעכב ההתראה לומר דאם לא נעשית ההתראה מקודם אין לכופו וכמ"ש הנובי". ומה שדקדק הרב אמ"ש בש"ס האומר איני זן ולא נקט מי שאינו זן ולמה תלה הדבר באמירתו, א"ו דוקא כשהתרו בו ב"ד והוא עומד במרדו וכו'. אהמ"ר יש לדחות דהש"ס חידושא אתא לאשמעינן דל"מ כשכבר עשו מעשה, אלא אפילו הוא אומר שאינו רוצה לזון, וסד"א דעביד איניש דגזים ולא עביד וכשיעשה מעשה נחייבהו להוציא קמ"ל דמעכשיו אמרינן ליה דחייב להוציא, וכמ"ש הדברים האלה הרב ברוך עזיאל שם. עכ"ל תשובת נושא האפוד. וע"ע לעיל סוף סי' צ' מש"כ בזה.

ב. הנודע ביהודה בדבריו כיוון לסברת החכם צבי. ח"ל החכם צבי בתשובה סי' קלג -

ששאלת ראובן שבא על אשת איש וחוזר בתשובה ואשתו תובעת ממנו גט וליתן לה כתובתה כדאיתא בש"ע עכת"ד ... אפילו לדברי האגודה אין הדברים אמורין אלא במוחזק לכך, ולענ"ד הוא צריך ג"כ התראה אפילו לדעת בעל האגודה, לא מיבעיא לענין הכתובה דצריך התראה דלא יהא זה חמור מעוברת על דת להפסידה כתובתה בעיא התראה כדמסקינן בפרק ארוסה, והדברים ק"ו ומה התם דלהחזיק ממון ומקולי כתובתה שנינו בכל מקום אעפ"כ צריכה התראה, הכא דלהוציא כתובה מיד הבעל עאכ"ו דצריך התראה, ולא עוד אלא דאף אם רצונה לצאת בלא כתובה אין כופין אותו כלל לגרש אלא אחר התראה, דלא

שאם יכה יכפוהו לגרש, והרמ"א לא כתב אלא שמיסרין אותו שלא יעשה עוד, ומתירין בו שאין זה מדרך בני, ולא הזכיר שצריך להזכיר לו את העונש, דהיינו שיכפוהו לגרש (עי' ב"ש סי' קט"ו ס"ק י"ז לענין עוברת על דת דדעת הרבה פוסקים שצריך להתרות בה שאם תעשה כן תפסיד הכתובה), אלא ע"כ עיקר ההתראה לענין לחייבו לגרשה אינו אלא כדי שנדע בוודאות שאין עוד תקוה שהחיים ביניהם יהיו תקינים, כי כל עוד יש תקוה כזאת אין מחייבים לגרש אלא מנסים להשלים ביניהם. ולכן מתרים בו תחילה ומנסים לראות שמא התראת בי"ד תרתיע אותו ולא ישוב לכסלה עוד. ואם אחרי ההתראה הוא שב על אולתו, רק אז נודע שאין תקוה ומחייבים או כופים לגרש, והכל תלוי בראות עיני הדיינים, ולפעמים גם אם עבר על ההתראה עדיין אין מחליטים שאין תקוה ומנסים שוב ומתירין בו פעם שנייה, ורק אחרי הפעם השנייה הוא שנוכל לקבוע בבטחה שאין תקוה. וזהו ענין שתי ההתראות שכתב הרמ"א. ויטודו של דבר הוא שכל הדברים המנויים בסי' קנ"ד שבגללם מחייבים או כופין לגרש אין זה מטעם קנס על העבר כי אם מתוך דאגה לעתיד, דהיינו שאם ברור הדבר שלא תראה אצלו חיים טובים כפי שציוו חכמים שעל הבעל לכבדה ולספק לה כל צרכיה, או מחייבים אותו לגרשה, וא"כ דון מינה דאם ברור לנו שאשה זו לא תקבל את סיפוקה גם אחרי ההתראה, וההתראה לא תועיל כאן מאומה, שוב אין מקום להתראה. ובנדון נודע ביהודה הנ"ל היתה תקוה שיחזור למוטב ויתחיל לפרנס את אשתו, כמבואר שם, ולכן הצריך התראה. משא"כ בנידון דבי"ד הגדול הנ"ל, וכן בנידונו - שהאיש נשפט לשבת שנתיים בבית הסוהר, דשנתיים אלה היא מנועה ממזונות וגם אלף התראות לא תועלנה, דגם אם ירצה לזונה לא יוכל, דכבול הוא בבית הסוהר, וא"כ מה ענין התראה לכאן, והרי זה ככל בעל שאינו יכול לתת לאשתו את המזונות כפי צרכיה דהעלנו לעיל שחייב לגרשה. וראיה ברורה לכך, שהרי לדעת רוב הפוסקים, בעל שאין לו לתת לאשתו אפילו לחם כופין אותו לגרשה, כנ"ל, ופשיטא דהתם לא שייכא התראה כלל, דעל מה יש להתרות בו, הרי לא באשמתו אינו נותן לה לחם אלא משום שאין לו. וכן מוכח מתשובתו של בעל עונג יו"ט שהובאה בספר אבן ישראל (אבן בוחן) שהעתיקו בפס"ד הנ"ל בנידון איש רע מעללים שיצא משפטו לשלחו לארץ גזירה לעבודת פרך לשנים רבות, והשיב הגאון הנ"ל שכופין אותו לגרשה, כיון שהוא מונע ממנה כל עניני אישות, תשמיש ומזונות, עיי"ש, וגם שם לא היתה התראה, האם בהכרח העונג יו"ט חולק על הנ"ב ואינו מצריך התראה. אין צריך לומר כן, אלא בנידון עונג יו"ט גם הנ"ב מודה שא"צ התראה, דכיון שההתראה לא תועיל מאומה אין להתראה זו כל טעם, וכמו שנתבאר, עכ"ל בפסק הדין.

ג. בפד"ר חלק ג' עמ' 224 בפסק דין מביה"ד בירושלים בהרכב הגרא"י וואלדינברג ז"ל ויבל"א הגר"ע יוסף שליט"א והגר"י קפאח ז"ל פסקו לכפות גט על בעל שניסה להרוג את

ב. בשלטי הגבורים על המדכי פרק החובל כתב - "מצאתי, הקורא לאשתו זונה במריבה מלקינן ליה ומתירין ביה דאי קרי ליה זימנא אחריתי יוציאה ויתן כתובה". ג. במורד, לפי תשובת הגאונים והרמ"ה שבשטמ"ק וכן לפי גירסת רש"י שגרס בגמרא "לאו לאימלוכי ביה" אליבא דהנודע ביהודה, וכן לשיטת החזו"א וכפי שהתבאר לעיל. ד. בנידון שבתשובת הנודע ביהודה (מהדורא תניינא סי' צ') הנזכרת.

ה. בחכם צבי סי' קלג (שהובא לעיל).

בכל הנ"ל עסקינן בבעל שכעת חזר בו ממעשיו הרעים ומבקש לשוב לאשתו לשלום. לכאורה היה מקום לחייבו בגירושין עקב מעשיו בעבר שיש בהם עילת חיוב גירושין, וזוה כתבו שקודם לחיוב הגירושין יש להתרות בו, ורק אם ישוב למעשיו הקודמים, יחוייב בגט. בנסיבות אלו יש מקום ויש טעם בהתראה, כשלאחר ההתראה הבעל יכול לחזור להוכיח את עצמו שאינו חוזר לסורו. אבל במקום שאף לאחר שנתרה בו, הוא אינו יכול לשוב לאשתו, כגון באסיר, אין טעם להתראה. על כן גם במדיר שלא מצא פתח לנדרו ששנינו בריש פרק המדיר שדינו יוציא ויתן כתובה, אין טעם להתראה. וכן מוכח מתשובת הבית מאיר הבאר יצחק העונג יו"ט והאבן ישראל שהבאנו לעיל, שלא חשו לטענה דבעינן התראה.

ומצאתי כסברא זו ביחס להתראה לאשה, באחיעזר (ח"א סוף סי' י"י) דן בשאלת התראה לאשה העוברת על דת שלשיטת החתם סופר אין מתירים חרם דרבינו גרשם אלא אם כן התרו בה קודם לכן. וכתב האחיעזר - "ואעפ"י שנראה מדברי החת"ס אה"ע סי' פ' שצריך להתרותה שיתירו החרם, מ"מ בודאי אין התראה זו מעכבת בברחה וא"א להתרותה והרי היא כמותרת ועומדת ואי אפשר שיעוגן עי"ז".

וקרוב לסברא הנ"ל כתב הגר"ח ג' צימבלסט שליט"א בפד"ר חלק ח' עמוד 310 וז"ל - "עוד כתבו בפס"ד מבי"ד הגדול הנ"ל זאת ועוד, דכתב בשו"ת נו"ב מהד"ת סי' צ' וז"ל ובאומר איני זן ואיני מפרנס אפילו לחם דכופין, מ"מ מי לא בעי התראה. וכי עדיף כח האשה מכח האיש, ובכל הני שהאשה יוצאה בלי כתובה בעי התראה ... אלא ודאי דוקא כשהתרו בו הבי"ד והוא עומד במרדו ואומר איני זן ... ובנ"ד הרי לא התרו במערער ... א"כ פשוט שאין לחייבו לתת גט למשיבה. והנה מצינו גם בשו"ע דין התראה לענין לחייבו לגרשה והוא בסי' קנ"ד ס"ג בהגה איש המכה אשתו עבירה היא בידו כמכה חבירו, ואם רגיל הוא בכך יש ביד ב"ד ליסרו ולהחרומו ולהלקותו בכל מיני רידי וקפיה ולהשביעו שלא יעשה עוד, ואם אינו ציית לדברי הב"ד י"א שכופין אותו להוציא ובלבד שמתירין בו תחילה פעם אחת או שתיים כי אינו מדרך בני ישראל להכות נשותיהם ומעשה כותים הוא. אמנם נראה דאין התראה זו מדין אין עונשין אא"כ מזהירין דא"כ מהו הענין דמתירין בו פעם אחת או שתיים וכי היכן מצינו בדיני התראה שצריך שתי התראות, ועוד שא"כ הי' צריך להזהירו

ועומד, ולא דוקא ביחס למעשה רציחה, אלא כל דבר הידוע, וכמו שלמדו כן מאיסור נדה הידוע לכל הנשים.

מסקנת הדברים - במקרה שהבעל במאסר ממושך בגין פשעיו, ובשעת מעשה היה ברור לבעל שאם יתפס הוא יכלא לתקופת מאסר ממושכת, והדברים לא נעשו על דעתה של האשה. אם עקב מאסרו הבעל אינו מפרנסה ממנו, יש מקום לפסוק לכפותו בכל דרך כפיה.

בדברינו לעיל צידדנו שאף אם שולח לה סכומי כסף למזונות, עכ"פ כיון שדינו כמשרה אשתו על ידי שלישי, עדיין לא יצא מדינו של בעל המונע ממנה כל ענייני אישות מאחר שאינו מפרנסה בדרך הראויה.

אשתו ופצע קשה אותה ואת אחיה, ואף שלא התרו בו קודם לן לית לן בה. ובארו דבריהם וז"ל - "בכגון נידוננו שהוא בעצמו הופיע בדמות הרוצח וגם גזים ועביד מעשה, כו"ע מודים דלא בעינן התראה על כך, דכו"ע כמותרים ועומדים על כך, וזיל קרי ביה רב הוא. ועיין בכה"ג בפתחי תשובה סי' קט"ו סקי"א שמביא בשם השבות יעקב דס"ל דבמשמשתו נדה שהוא דבר הידוע לכל הנשים שוב א"צ התראה אחרת ע"ש, ובכאן י"ל דכו"ע יודו בכך דא"צ התראה מכיון דאין לך דבר הידוע לכל מחומר איסור רציחה וגם המתוקנים שבהם זהירי בזה מאד ומענישים קשה על כך".

ולפי זה י"ל כן בכל מעשה שידוע וברור לכל אדם שאם יתפסוהו יכנס למאסר, דאין צריך להתרות בו וכמותרה

סימן צד

כפיית הגירושין על הבעל עפ"י דעת רוב הפוסקים

אך יש להעיר על דבריו. החת"ס כתב דבריו ביחס למחלוקת הרא"ש והראב"ה בשאלת כפיית גט על בעל נכפה, ובמחלוקת זו נקט החת"ס ש"אין אתנו יודע להכריע". אך אין הכרח שדברי החת"ס מתייחסים גם למחלוקת הפוסקים, שבה ניתנה הרשות לדיינים מורי הוראה ברי סמכא, לשאת ולתת בדברי החולקים ולהכריע בדבריהם הלכה למעשה, הן עפ"י הכרעת פוסקים אחרונים, והן בהכרעת בית הדין אשר יהיה בימים ההם שדן ונשא ונתן בדברי החולקים והורה לכפות על הגירושין. ומנלן לקבוע שגם בכה"ג יוכל הבעל לטעון דלמא מצוה לשמוע לדברי הפוסק שדעתו נדחתה מהלכה.

כסברא זו מצאתי בספר שדי חמד כרך ז' מערכת גירושין סי' א' אות טו, (אך מדבריו ומדברי כמה אחרונים שנביא להלן, נראה שסברו שהחת"ס גופיה איירי בכל גווני).

השדי חמד הביא מדברי החת"ס, וכתב - "לענ"ד יש לפקפק בטעמו, אטו כו"ע דינא גמירי, וא"כ נוכל לכוף מאן דלא ידע פלוגתא דרבנן קדישו הנ"ל. ואף מאן דגמיר וסביר נוכל לכופו, דכיון דהדין נותן לשמוע אל השופט שבימיו, והרי בית דינו סוברים דהדין הוא לכופו, א"כ נימא שפיר דאנן סהדי שמתרצה בכל לבו לשמוע דברי חכמים, ומי מבעלי דינים יוכל לסמוך על דעתו נגד דעת בית הדין שבימיו".

ובשו"ת שערי דעה (להג"ר חיים יהודה ליטוויין ז"ל) ח"א סי' קיט כתב על דברי החת"ס - "נראה לי שאין דבריו מוכרחין, שהרי לאו כו"ע דינא גמירי וכדאשכחן סברא זו בפ"ק דקידושין. והכוונה במה שאמרו נחא ליה לקיים דברי חכמים, הוא על הבית שבזמנו שכופין אותו על זה, ועל דעתם הוא גומר ומגרש. וכדוגמא שאמרו בסוטה (דף כה) בטעמא דבי"ד מקנין לאשה שלא בפני בעלה, משום דסתמא שמלתא אדם מסכים על דעת בית דין ע"ש, דהכוונה על בית דין שבדורו העוסקין עמו בזה, וה"נ לענין גט מעושה".

יש מקום לברר, האם בית הדין רשאי לאכוף גט על הבעל, כשפסק דינו נקבע על פי רוב דעות הפוסקים, אך אינו על פי כל הדעות.

מדברי החת"ס סופר נראה לכאורה, שאין לפסוק לכפות את הבעל בגירושין, כשפסק הדין מיוסד על דעת רוב הפוסקים, גם אם בית הדין שדן באותו מקרה, מכריע כדעת רוב הפוסקים שיש לכפותו.

דברי החת"ס נאמרו בתשובה חלק אה"ע ח"א סי' קטו, בנידון מחלוקת הרא"ש וראב"ה בשאלת כפיית גט על בעל נכפה, וז"ל החת"ס - "ועוד אני אומר דאפילו אי קמי שמיא דהלכה כהרא"ש, מ"מ כיון דאיכא דעת המרדכי דפליג ואין אתנו יודע להכריע, ממילא אם עבר וגירש ע"י עישוי, הוי אשת איש דאורייתא בודאי ולא מספק. וטעמא אני אומר, שהרי גט מעושה אפילו כדן ואומר רוצה אני, מ"מ איננו כשר אלא מטעם דאחז"ל ב"ב מ"ח ע"א מסתמא נחא ל"י לקיים דברי חכמים שאמרו לכופו להוציא, ועל דרך שהסביר הרמב"ם יפה סוף פ"ב מגירושין, והיינו כשברור גם למגרש שהעישוי כדן אליבא דכ"ע, א"כ מצוה לשמוע דברי חכמים. אבל הכא יאמר נא המגרש מאן לימא לן שמצוה לשמוע דברי הרא"ש, דלמא מצוה לשמוע דברי המרדכי, ואם גם מ"ש רוצה אני היה בהכרח ולא ענה מלבו, ע"כ אין נראה שום הו"א לכיף לגרש".

מדברי החת"ס נראה לכאורה, שבפלוגתת הפוסקים אם ראוי לכופו, אם כפו על הגט בהסתמך על דעת הפוסקים שאפשר לכופו, הגט בטל, ואפילו אינה ספק אשת איש, אלא ודאי אשת איש. ועיין בספר דבר יהושע ח"ג אה"ע סי' ל' שתמך בדברי החת"ס וביארו, וכתב שכשם שבדיני ממונות המוחזק יכול לטעון קים לי כדעת מיעוט הפוסקים, ה"ה לענין כפיית גט לא מהני הכרעת ההלכה על פי דעת רוב הפוסקים.

מיחוש, וזה לא תמצא בשום פוסק עד החתם סופר".
 וכן בהיכל יצחק סי' ה' כתב – "בשו"ת עין יצחק הנ"ל,
 הגאון ז"ל דן בס"ס מעין זה, וצירף ספק פלוגתא אם כופין
 להס"ס, וחוקה על רב האי גאון ז"ל שהיה בקי היטב בשו"ת
 החתם סופר ז"ל, ושמיעא ליה ולא סבירא ליה, ומפני כבודו
 של אותו גאון עולם ז"ל, לא הזכירו, (וכהא דחולין ל"ח
 ע"ב)".

ובספר פסקי דין רבניים חלק ד' עמוד 166 בפס"ד של
 ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הרה"ג הגר"ע הדאיא ז"ל הג"ר
 יוסף שלום אלישיב שליט"א והג"ר בצלאל זולטי ז"ל, הביאו
 מדברי החת"ס, וכתבו על דבריו – "ברם במקום שלפי כללי
 ההלכה המסורה בידינו, הדין הוא שכופין, למשל במקום
 דפליגי יחיד ורבים ולפי דעת הרבים כופין, בזה ודאי מן הדין
 יש לצוות לכפות לבעל לתת גט והגט יהיה כשר כד"ת. ואטו
 דיני כפיה עדיפא מדיני גיטין, אשר רבו החולקים בכמה
 וכמה הלכות הנוגעות לשורשו וכשרותו של הגט, הללו
 פוסלים והללו מכשירים, ואם לפי הלכה הדין הוא
 כהמתירין והוא מקום עיגון ואין אפשרות לקבל גט שני,
 מתירין אותה להינשא אף שזה נוגע לענין אשת איש
 החמורה. אף בגט שסודר ע"י כתבו ותנו, היינו שהסופר
 והעדים לא שמעו מפי הבעל, אלא מפי כתבו, אשר בזה
 הרבה מגדולי הראשונים פוסלים את הגט, ועם כל זאת
 במקום עיגון גדול מתירין לה להתחתן בגט כזה (עי' פ"ת סי'
 ק"כ סק"ח). אכן באחרונים אנו מוצאים שחששו לאחוז
 באמצעי כפיה גם אם לפי הדין יש לכופו, עיין גב"א סי' מ"ה
 ... במונע ממנה כל עניני אישות דנראה עיקר לדינא דכופין
 להוציא אפי' אינה באה מחמת טענה וכמש"ל, מ"מ למעשה
 יש לחוש לסברת האומרים שאין לכופו דלא להוי גט מעושה
 ובניה ממזרים.

וצ"ל דדבר זה ניתן לשיעורים, ויש לשקול את הענין לפי
 מסיבותיו, ובאופן שקיימים סיכויים שבהמשך הזמן עוד ישובו
 וישלימו אהרדי, בגוונא דא כשר הדבר וראוי להחמיר ולחוש
 לדעת אלה הסוברים שאין כופין. אבל במקום עיגון גדול
 כשאין האשה מסוגלת לשוב ולחיות אתו, ובפרט כעובדה דנן
 שעברו כבר שמונה שנים שהאשה יושבת בעיגונה, הרי
 במקרה נראה כי יש לפסוק כפי ההלכה, ויקוב הדין את ההר.
 ומעתה עלינו לדון במקרה שלפנינו אם מצד הדין יש לכופו
 לבעל לגרש את אשתו, או לא, עכ"ל בפסק הדין הנ"ל.

מסקנת הדברים – במקרה שבו לאחר מו"מ בעומק
 ההלכה ובדעת הפוסקים ראשונים ואחרונים הוכרעה
 ההלכה ללא ספק, שאפשר לכופו, הן הכרעת פוסקים
 אחרונים, והן הכרעת השופט אשר יהיה בימים ההם לאחר
 שירד לעומק הדין, והעלה שהעיקר כדעת הסוברים שאפשר
 לכופו. בנסיבות אלו, רבו הפוסקים שאין להמנע מכפיה
 מחשש לדעת מיעוט פוסקים שדעת לא התקבלה הלכה
 למעשה, עכ"פ במקום עיגון, ובפרט במקרה שגם אליבא
 דאותם פוסקים שדעתם לא התקבלה, אף שאין כופין אך
 עכ"פ מצוה או חיוב לגרשה.

בסוף דבריו, השערי דעה הביא מדברי המל"מ פי"א
 מגירושין הכ"ח (ד"ה אירס) בשם הר"ן שנראה שלעניין כפיה
 חוששין גם לדעה שלא נפסק הלכה כמותה שיוכל לומר קים
 לי כדעה זו, אך סיים השערי דעה בצ"ע על סברא זו.

בשו"ת חתן סופר סי' נט הביא מדברי החת"ס וכתב
 בדבריו שתי סברות, א. דברי החת"ס נאמרו במחלוקת כגון
 בבעל נכפה שלדעה אחת כופין ולדעה שניה אין חיוב או
 כפיית גט כלל, דהיינו לדעה שניה אין כלל מצוה לגרש.
 "אבל כשכו"ע מודו דאיכא מצוה לגרש, אלא בכפיה בשוטים
 הוא דפליגו, א"כ גם לדעה השניה עכ"פ מצוה לשמוע דברי
 חכמים, דהרי תרווייהו מודו דאיכא מצוה להוציא".

והוסיף החתן סופר – "עוד שנית נ"ל, דעד כאן לא קאמר
 קדוש זקני ז"ל אלא בנידון דידך בפלוגתת הריב"א והרא"ש
 בבעל נכפה דהוי ספיקא דדינא, אבל כשנצרך הרבה פוסקים
 דס"ל כופין ועדיפא מס"ס דהוי רוב מנין ורוב בנין וגם סברות
 רבות שנוטים דכופין, ככה"ג ממילא הדין מחמת צירוף
 הפוסקים דכופין ומצוה לשמוע כמו דקיי"ל דאזלינן בתר
 רוב, א"כ גם זה בכלל כשדעת הרבה פוסקים דכופין וממילא
 מצוה לשמוע דבריהם, והלא גם המיעוט צריכים להודות
 לרוב וצריכין לבטל דעתם נגד הרוב. א"כ במכ"ש בני"ד,
 באופן שבהצטרף כל השיטות והפוסקים בטענות הנאמרים,
 ראוי האיש המגרש לכופו אפילו בשוטים עפ"י דין ודת
 תוה"ק". (אלא שבסוף דבריו חשש לשיטת הש"ך בגב"א).

הגרי"א הרצוג ז"ל בספרו היכל יצחק אה"ע ח"א סימן ב'
 הביא מדברי הגרי"א מקאוונא ז"ל בעין יצחק חלק ב' סי'
 ל"ה בעובדא שהיה ספק אם היתה כפייה כלל, וספק נוסף
 שאפילו אם היתה כפייה האם הכפייה היתה שלא כדין, ודן
 בזה ס"ס לקולא. וכתב בתשובת היכל יצחק שדברי העין
 יצחק אינם מתיישבים עם שיטת החת"ס.

מתוך כך העלה הגרי"א הרצוג ז"ל – "אולם ברור מדברי
 הגאון מקאוונא ז"ל שלא חשש לזה כלל, שהרי בעובדא
 דידיה הוא ג"כ ספק בדין אם כופין, ותפס זה לספק לצרפו
 לס"ס, וכנ"ל, ומי כמוהו היה בקי באחרונים ובפרט בדברי
 החתם סופר שהוא מביאו כ"כ תכופות. וע"כ שלא חשש לזה
 אלא סבר שזה עצמו ספק כיון שהבעל יודע שיש פוסקים
 לכוף והבי"ד פוסקים כשיטתם, ספק שמא נתרצה, וכלום
 אדון הוא בדבר להכריע, וכלום זה ענין של ממון שנאמר
 שיכול לטעון קים לי, ומ"מ הלכתא כבתראי ורב גובריה של
 חד בדרא, זה בהוראה אפילו כנגד החתם סופר ז"ל. ובאמת
 פלא על החתם סופר ז"ל שהחליט שהגט בטל, שעכ"פ הרי
 הרמב"ם ז"ל פוסק אפילו בכפוהו בי"ד שלא כדין מ"מ הגט
 קיים מן התורה, וכלום עדיף זה מכפוהו במקום שיש פוסקים
 שכופין, והיה לו לחוש לדעתו ז"ל. אלא שאין לנו לפלפל עוד
 וכדאי הוא הגאון עין יצחק ז"ל לסמוך עליו אפילו שלא
 בשעת הדחק ובפרט ששום אחד מהראשונים והאחרונים ז"ל
 לא אמר סברא זו, ואף המ"מ לא אמר אלא שהוא חושש
 לאמר שתצא, היינו משום ספק, אבל לא אמר שהגט בטל,
 לענין שאם פשטה ידה וקיבלה קידושין שלא יהיה בהם בית

סימן צה

נעל חליצה שחלקה העליון פתוח ברובו

לכסות גב הרגל אפילו רובו לא שמענו כלל, ודלא כמהרש"ל ביש"ש שכתב שיכסה רוב גב הרגל ... דכבר הוכחנו דסנדלים שלהם פתוחים למעלה. ונראה שאם מכוסה כל כך מן הרגל, עד שיכול לילך בו בטוב בלי קשירה, סגי בהכי לצאת ידי כל ספק, דהא סנדלים שלהם לא היה יכול להלוך בם בלי קשירה כלל".

ואף שלא באתי להכניס ראשי בין ההרים, נראה שיש לדברי מהרש"ל מקור בדברי הראשונים.

בגמ' במסכת יבמות דף קב. נחלקו רבה ורב יוסף אם חולצין לכתחילה במנעל או שלכתחילה דוקא בסנדל. ובגמ' שם - "ומאן דאמר לכתחילה לא, מאי טעמא. אילימא משום דהויה פנתא מעל וארקתא מעל דמעל, והתורה אמרה מעל ולא מעל דמעל, אי הכי, אפילו דיעבד נמי לא. גזירה משום מנעל מרופט, אי נמי, משום חצי מנעל". ופרש"י פנתא - "גב המנעל", וכן ברש"י במסכת ברכות דף מג: וברש"י במסכת שבת דף ס:.

מבואר בגמ' שדוקא למנעל יש פנתא.

ובביאור גזירת "חצי מנעל". כתב הריטב"א - "משום חצי מנעל. פי' דחצי מנעל יבוא לנעול אותו, כי אע"פ שלא יהא לו פנתא, הרי יש לו שולים. משא"כ בסנדל שאין ראוי לנעול וליכא למגור ביה, וגם לפרש"י ז"ל מתוך שהוא קשה ואינו חשוב אין נועלים חצי סנדל ואינו עומד ברגל כלל".

מבואר בדבריו, שללא הפנתא, המנעל אינו כשר לחלוץ בו מהתורה. ומשמע שאינו נקרא מנעל בלא פנתא. אבל סנדל שמו עליו בלא פנתא, מאחר ומעיקרא אין בסנדל פנתא.

ובספר פסקי הרי"ד כתב - "פי' מרופט שנקרע גבו ואינו מכסה רוב רגלו. ומפני שהוא רך מתיישב על הרגל ואדם נועלו לפי הדחק. וכיון שנפחת שאינו חופה את רוב הרגל פסול לחליצה. אבל סנדל שהוא קשה, משנפחת ואינו חופה את רוב רגלו אינו מועיל ואין נועלין אותו. וגם במנעל פעמים שנועלין מנעל שאינו חופה אלא חצי גב הרגל והוא פסול לחליצה, אבל הסנדל אין דרכו לנעול אלא סנדל החופה את כל הרגל. הלכך במנעל איכא למיגזר ובסנדל ליכא למיגזר".

הרי מפורש בדבריו שבלא פנתא החופה את רוב גב הרגל המנעל פסול לחליצה.

ולהלן לשון המאירי במסכת יבמות דף קב.

"צריך שתדע שהמנעל והסנדל שניהם לרגלים הם עשויים ושניהם של עור. ואף נעל האמור בתורה, אין בו משמעות למנעל יותר מסנדל, ולא לסנדל יותר ממנעל. שהרי הלשון מוכיח עליו למנעל שלשון נעל ולשון מנעל

בבית הדין התעוררה שאלה ביחס לנעל חליצה שהסנדל עשאה כפי המקובל בנעליים המיועדות לחליצה, אך בחלק העליון של הנעל, באותו חלק המכסה את גב כף הרגל מלמעלה, הנעל נעשתה באופן שחלק גדול מהנעל פתוח כך שרק חלק קטן מגב הרגל מכוסה. דהיינו באמצע החלק העליון של הנעל, הרוב נשאר פתוח, אך הנעל מכסה היטב את צידי כף הרגל וחלק מגב הרגל. כמובן שהסוליא התחתונה שלמה וכן במקום העקב, הנעל מכסה היטב את סביבות העקב ולמעלה ממנו.

יש לדון האם בנעל המיועדת לחליצה בהכרח לעשותה שתכסה את רוב גב הרגל. ("גב הרגל" המוזכר כאן ובלשון הפוסקים, היינו החלק העליון של כף הרגל מהאצבעות ועד לקנה של הרגל).

אציין שראיתי בכמה נעלי חליצה ישנות שהקפידו לעשותן כך שהנעל תכסה את רוב גב הרגל, כך בנעלי חליצה ישנות הנמצאות בבית הדין בטבריה, וכן נראה בצילום נעל חליצה מבית הדין של הגאון רבי שמואל סלאנט ז"ל כפי המופיע באנציקלופדיה תלמודית כרך טו ערך חליצה עמ' תשלו.

בגמרא במסכת יבמות דף קב: נאמר - "חליצה במנעל הנפרם שחופה את רוב הרגל ... חליצתה כשרה. אבל במנעל הנפרם שאין חופה את רוב הרגל, בסנדל הנפחת שאינו מקבל את רוב הרגל ... חליצתה פסולה".

וכן פסק הרמב"ם בהלכות יבום וחליצה פרק ד' הלכה יט - "חליצה בסנדל של עץ ומחופה עור ... או קטן שחופה רוב רגלו או נפרם שחופה רוב הרגל או נפחת שמקבל רוב הרגל, חליצתה כשרה".

ובהלכה יח פסק הרמב"ם - "או שהיה מנעל גדול שאינו יכול להלך בו, או קטן שאינו חופה רוב רגלו, או מנעל פרום שאינו חופה רוב הרגל או נפחת שאין מקבל רוב הרגל, חליצתה פסולה".

יש לברר מהו "חופה" רוב הרגל, ומהו "מקבל" רוב הרגל. האם די בכך שקיימת סוליה מלמטה המקבלת את רוב הרגל, או שיש צורך בחיפוי עור מעל גב הרגל.

נחלקו בשאלה זו, מהרש"ל ומוהרא"ל צינץ ז"ל בספרו טיב חליצה.

מהרש"ל ביש"ש פרק מצות חליצה סוף סי' טז כתב בקצרה ביחס לצורת הנעל - "רק שיכסה רוב גב הרגל כתיקונו ובלוי קריעה".

לעומת זאת, בספר טיב חליצה סי' סו כתב - "עיקר הכוונה חופה רוב רגל, היינו תחתית הרגל וצדדי הרגל כדפרישית לעיל, כפי מה שהיו סנדלים שלהם עשויות, אבל

עומד כלל ברגל ולשעתו הוא נשלף ממנו, ואם נפחת מלמטה אי אפשר לישובו על רגליו מתוך שאין בו היקף, וכן אי אפשר לתקנו מתוך קשיו. ולפי דרכך למדת שמנעל המרופט חליצתו פסולה. ואע"פ שבמסכת שבת פרק תולין אמרו לא תצא אשה במנעל המרופט ולא תחלוץ בו ואם חלצה בו חליצתו כשרה פירושה בשאינו מרופט לגמרי ר"ל שאין העור שבגב הרגל נחלק לשנים, אלא שהוא מחובר משני קצותיו ואדם יכול להלך בו על ידי הדחק, והרי הוא דומיא דנעל גדול, שכל שאפשר להלך בו על ידי הדחק חליצתו כשרה מיהא בדיעבד. וגזירה שניה היא משום חצי מנעל שמאחר שהוא עשוי מחתיכות מחוברות, אם ניטלה האחת יבא לטעות ולומר, הואיל והאחרות שלמות כשר הוא, והתורה אמרה נעל ולא חצי נעל. אבל סנדל שאינו אלא חתיכה אחת כל שנפחת מקצתו אדם יודע שאינו ראוי לכלום, ואינו בא לטעות בו. ולמדת לפי דרכך שחצי מנעל וחצי סנדל פסול, אע"פ שחופה או מקבל את רוב הרגל, ומטעם נעל ולא חצי נעל וכן סנדל ולא חצי סנדל, עכ"ל המאירי.

מבואר מדברי הראשונים שהמנעל מורכב מסוליא ומפנתא דהיינו עור החופה את גב הרגל, ואמרו שלא לחלוץ לכתחילה במנעל אלא בסנדל, מחשש שיחלוץ במנעל שאין לו את הפנתא, ויחשב כחצי מנעל או שיקרע ויחשב כמנעל מרופט, שבשניהם מדין תורה אינו יכול לחלוץ בו.

ומאחר שבימינו אנו חולצים במנעל ולא בסנדל, יעויין בשו"ע סי' קסט סט"ז ובב"ש ס"ק טו, ומסתמא כיום הסוליא אינה קשה כפי שהיה בסנדל שלהם, ועל כן בהכרח שהפנתא הוא לעיכובא ושתהא חופה את רוב גב הרגל.

והנה הרא"ש בפרק מצות חליצה סי' ז' כתב - "אמר אמרימר האי מאן דמסגי אלוחתא דכרעיה לא חליץ פי' שרגלו הפוך ודורס בעליונו של רגל ... והראב"ד ז"ל כתב ... והוא דקאמר האי דמסגי אלוחתא דכרעיה לא חליץ, אי חליץ חליצתה פסולה. וטעמא דמלתא משום דגב הרגל הוא שנקרא רגל, והתחתון כף הרגל. וזה שרגליו הפוכות וכף רגלו למעלה, נמצאת נעלו נחלצה מעל כף רגלו ולא מעל רגלו. וגם כשהוא חולץ נעלו חולץ למטה מרגלו, והתורה אמרה נעלו מעל רגלו".

מפשטות לשונו נראה שהחליצה צריכה להיות מעל רגלו דהיינו גב הרגל, ובהכרח שנעלו מכסה גם את גב הרגל.

ובספר טיב חליצה (שהובא לעיל) תמה טובא על דברי הראב"ד ועיקר תמיהתו היא מדברי הגמ' (שם קב) - "התרת יבמה לשוק בשמיטת רוב העקב". ומבואר שעיקר החליצה בגילוי רוב העקב גם בלא גילוי גב הרגל.

ועוד כתב בספר טיב חליצה - "הא משנה שלימה שנינו בקטן שהוא חופה רוב רגלו חליצתה כשירה, ואי אמרת דקאי על גב רגלו, א"כ איך יעלה על הדעת שאם רוב גב הרגל מכוסה ורוב העקב מגולה, מאחר שעיקר החליצה בהשמטת רוב העקב, א"כ מאי אהני מה שחפוי רוב רגלו

אחד הוא. ואעפ"כ מצינו בקבלה שהוא נאמר על הסנדל. וכדכתיב והדריך בנעלים ומתרגמינן בסנדלים. ואע"פ שרוב בני אדם בזמן הקדום היה בסנדלים יותר מבמנעלים, מכל מקום לענין זה מן התורה זו כדין זו, וזו כדין זו, ואין ביניהם כלום. אלא שחכמים גזרו שלא לעשותה במנעל לכתחילה אלא בסנדל. ומכל מקום בדיעבד חליצתו כשרה אף במנעל. ושנוי תכונתם זו מזו הוא, שהמנעל עשוי מעור רך ועשוי מחתיכות שתיים או שלש כעין שלנו, וחופה כל הרגל בכל סביבותיו, הן כף הרגל הנקרא שול"א, הן גב הרגל הן עקבו, הכל כמנעל שלנו, ורצועות דקות וקצרות יוצאות מעקבה מכאן ומכאן ונקשרות על המנעל עצמו בגב הרגל, ואינו צריך לרצועות ארוכות שמאחר שהוא מקיף את כל הרגל דיו בקשר מועט. וסנדל עשוי מעור קשה, ואין בו אלא חתיכת עור אחת, והיא מקבלת כף הרגל הדורס בקרקע ועקבו שמאחורי הרגל, אבל אינו חופה את פני הרגל. אלא שיש בשפתות החתיכה חוליות, הנקראות בלשון תלמוד אזנים, ורצועות ארוכות נקראות בלשון תלמוד תרסיות. וכמו שאמרו לענין טומאה סנדל שנפסקה אחת מאזניו או אחת מתרסיותיו. ואותם הרצועות נכנסות באותן חוליות וקושרין אותן על גב הרגל ומאחוריו, ומסיימין את קשריהם פעמים על השוק פעמים על גב הרגל, וקשרים אלו מעמידין אותם על הרגל בהדוק. וזהו שאמרו חלצה במנעל הנפרם או בסנדל הנפחת, אם היה מנעל הנפרם חופה את רוב הרגל או היה סנדל הנפחת מקבל את רוב הרגל כשרה, ואם לאו פסולה. הרי שבמנעל הזכיר לשון חפוי שהוא לשון נופל על כסוי שבגב הרגל, ובסנדל הזכיר לשון קבלה שהוא לשון נופל על שהוא מקבל כף הרגל. ומפני שהוא עשוי כעין כלי שהרי שפתותיה גבוהות מעט בכל צד הרגל וכל שכן מצד העקב שיש בה עקב גבוה יותר הוא אומר בה לשון קבול, ואע"פ שבמשנתנו הזכירו בסנדל קטן החופה את רוב רגלו לא דק, ומקבל קאמר. ולישנא דברייתא דייק טפי, שהוא מוכיר מנעל וסנדל ומדקדק להזכיר בכל אחד לשון הראוי לו. וכן אתה מוצא בגמרא שהמנעל יש לו פנתא והוא חתיכת העור החופה את גב הרגל, ונקראת בלשון לעז אנפייניא, עד שהרצועות הנקראות בלשון תלמוד ערקאתא נקשרות על העור. וסנדל אין בו עור זה כלל, ורצועותיו נקשרות על בשר גב הרגל כמו שזכיר בסמוך.

ואחר שלמדת הבהל תכונתם זו מזו צריך שתדע למה אסרו לחלוץ במנעל לכתחילה ובגמרא חקרו בענין זה, והביאו איסורה מגזירת מנעל מרופט ומגזירת חצי מנעל. ומנעל מרופט פירושו קרוע מלמעלה לשנים, שדרך בני אדם להביאו עדין וסומך על שהיקיפו מעמידו עדין על הרגל לכל מי שהלוכו בנחת, וכן שדרך בני אדם להביאו וסומך עליו לתקנו מפני שמצד רכותו אפשר לתקנו. ומכל מקום הרי הוא כחלוץ מאיליו וחליצתו פסולה. אבל סנדל אין בו חשש שיטעה אדם בו שאם נקרעו הרצועות אינו

וראיתי בספר ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא ז"ל) שתי תשובות בשאלה זו. בסי' קח מצויה תשובת בנו הג"ר ברוך צבי ז"ל אבד"ק ליטין שהעלה דאמנם יש הכרח שיהא בנעל עור המכסה את גב הרגל, אך הוסיף - "אבל שיהיה איזה שיעור להמכסה, זה לא שמענו משום פוסק, רק כל שהמכסה מעכב את הרגל מלצאת למעלה מהמנעל, די".

ובתשובת אביו בעל ברכת יוסף (שם בסי' קט) העלה שהמנעל צריך לכסות את רוב גב הרגל, והוסיף - "רק זה נ"ל, דבדיעבד סגי אף שלא היה אורך מן ראשי אצבעות עד השוק, רק מיעוט. כיון שמן הצדדים הולך באלכסון משני הצדדים גב הרגל עד העקב, ובין הכל עם המיעוט האורך שמן האצבעות עד השוק יש רוב, ושפיר הוי זה חופה רוב רגלו והוי בכלל מנעל".

לעומת זאת בספר נחלי דבש על הלכות חליצה ס"ק מג, לא הסכים עם סברא זו וכתב - "רוב כל חלק מהרגל צריך להיות מכוסה, ואם כן למשל אם גב הרגל בצד ששם האצבעות הוא ארוך י' אצבעות ורחב חמש, צריך להיות אורך המנעל שם לפחות חמש אצבעות ומשהו עם הרוחב הנצרך לרובו. וכן מן הצדדים צריך להיות רוב בפני עצמו. אבל צירוף על ידי תשבורת לא מהני. ונראה דרוב על ידי תשבורת לא מהני אלא כל חלק מהרגל צריך להיות מכוסה מהמנעל ברוב, וזה פשוט מצד הסברא. וכן נראה מתוס' דף קג: ד"ה שאין חופה, דהקשו דהכא לא סגי ברוב עקב, דאין קרוי מנעל אלא כשחופה רוב הרגל יעו"ש. ואי סלקא דעתך דסגי ברוב על ידי תשבורת, יש מציאות שמקום אחד מהרגל הוא בלתי כיסוי וחיפוי כלל, ומקרי מנעל. אלא ודאי דכל מקום מהרגל בפני עצמו צריך להיות מכוסה רובו על ידי המנעל".

עכ"פ משמע מכל המבואר לעיל, שהלכה זו שיהא חופה רוב הרגל, היא הלכה בצורת הנעל, ולא בגברא החולץ בעת מעשה החליצה.

לכן במקרה שהחולץ נועל נעל הגדולה במעט ממידת רגלו, והלכה פסוקה היא שכל עוד יכול להלך בה חליצתו כשירה, כמבואר במשנה (יבמות קא.). אם צורת הנעל היא כזו שאדם הנועל נעל כזו כמידתו, הנעל מכסה את רוב גב, אלא רק כעת ביחס לאותו אדם שרגלו קטנה ממידת הנעל, אין גב רגלו מכוסה, בזמן שהוא מצמיד את עקבו לעקב הנעל, וכפי המצוי בעת נעילת הנעל וכריכת הרצועות, לית לן בה. מאחר שהנעל לכשעצמה עשויה כך שתכסה את רוב גב הרגל של אותו אדם שרגלו מתאימה למידת הנעל, ועל כן הנעל מצד עצמה נחשבת כנעל מתאימה לחליצה, ואינה חצי נעל או מרופטת. ומכיון שזו נעל מעלייתה, אין קפידא אם במקרה הנזכר, מחמת קוטנה של רגל החולץ, הכיסוי אינו חופה את רוב גב הרגל של החולץ.

ורוב העקב מגולה מאחר שנחסר שיעור מצות חליצה ... ובאמת נראה ברור אחר העיון היטב דאין הכוונה מ"ש במשנה בסנדל כו' שהוא חופה רוב הרגל אין הכוונה שיכפה פרסת הרגל וגב הרגל מלמעלה, דהא בר"פ אלו קשרים משמע דסנדלים שלהם היו פתוחים מלמעלה, ואם נפסקה רצועה אינם ראויים להלך כלל רק ע"י רצועה שקושרין על גב המנעל בתרסיותיו של סנדל, וכ"כ במג"א (סי' ש"ח ס"ק כח) דמנעלים שלהם היו פתוחים לגמרי מלמעלה וצדדיו של עץ או של עור קשה ... ולפי זה נראה גם הא דאמרינן (בדף קב) רוב הרגל אין, רוב עקב לא, אין הכוונה על גב הרגל כלל, רק שמשמע ל"י רוב רגל היינו פרסת הרגל מן האיסתורא ולהלן או החלק המחובר לאיסתורא דכעצם אחד דמי וכדאיתא בדף קג דכל להדיא כרעא ככרעא דמי. אבל הכוונה היא על תחתית הרגל שהוא העקב. כי עיקר ההנעלה הוא להגן על הקרקע, ולכן תחתית הרגל שהוא העקב הוא עיקר המנעל. אבל גב הרגל מלמעלה, אפילו אינו מחופה כלל שפיר הוה נעל, ואין צריך למעלה רק כדי שיהי' ראוי לקשור בו ... בהא שאין צריך לחפות רוחב הגב למעלה, דברים ברורים הם, רק כמה כדי כניסה, הדבר מסופק".

דברי הטיב חליצה צ"ע. לפי המבואר לעיל הרי שכל דבריו יתכנו ביחס לסנדל, ובוה איירי המשנה, וגם מש"כ המג"א בסי' שח היינו ביחס לסנדל, כמבואר בדבריו דאיירי במנעל שיש לו עור קשה, שהוא למעשה סנדל. אך במנעל העשוי מעור רך אינו נחשב כמנעל בלא שתהא לו פנתא החופה את רוב גב הרגל.

ובהכרח, שאמנם התרת היבמה לשוק בשמיטת רוב העקב, אך היינו ביחס לשאלת הגדרת מעשה החליצה המתיר. אך בטרם חליצה עלינו לברר שהיבם נועל נעל שדינה כמנעל ולא חצי מנעל, ובלא פנתא אין לו שם "מנעל". על כן אין להקיש בין מעשה החליצה לבין צורת הנעל, ודלא כטיב חליצה שלמד דין צורת המנעל מדין מעשה החליצה.

לכאורה היה מקום ליישב דברי הטיב חליצה בדרך זו. הגמ' והראשונים עסקו במנעל בלא רצועות, ועל כן בלא פנתא המכסה את רוב גב הרגל אינו נחשב למנעל. אך אנו הרגילים בנעלי חליצה שיש בהם רצועות המחזקות את המנעל שתהא קשורה לרגל, הרי שלעניין זה דינו כסנדל, וגם בלא הפנתא נחשב כמנעל ראוי לחלוץ בו.

מלשון הגמ' "פנתא מעל וארקתא מעל דמעל" נראה שלמרות הארקתא בעינן פנתא, אך יתכן לחלק בין אותה ארקתא שהוא שרוך דק בלבד, לשינצין שהם רצועות ארוכות כפי המקובל בימינו בנעלי חליצה, עיין רש"י ד"ה שינצין, ובהמתרגם עמ"ס שבת דף צב.

סימן צו

חזרה מהתחייבות לטובת הבעל המחוייב בגירושין

יש מקום לחקור בהלכה זו, האם ביטול ההתחייבות לתשלום מאתיים זוז עבור החליצה או לתשלום הדינר תמורת המעבר במעבורת, הוא מפני שאנו דנים אותו כאנוס. או הטעם הוא מפני שקיימת אומדנא, שמעיקרא לא היתה גמירות דעת להתחייבות, וזאת עקב הלחץ שבו המתחייב היה נתון בעת ההתחייבות.

נראה, שאין לדון את המתחייב כאנוס העומד בגדרי "אונס" המבטל את מעשיו, מאחר שלא הושלמו גדרי אונס המועילים לבטל מקח.

במסכת בבא בתרא דף מז: - "תליהו וזבין וזבניה וזביני", ומפרש רשב"ם - "תליהו וזבין. מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר וקיבל הדמים ואומר רוצה אני".

וז"ל מהרי"ק שרש קלג - "נראה לע"ד דאפילו אונס לא חשיב ככה"ג, מאחר שראובן לא כפה שמעון ליתן לו מעות אלא שלא היה רוצה לטרוח בעבורו אם לא יתן לו. ולא דמי להא דתלוהו וזבין, דהתם כופהו ומכריחו וכן גבי ההוא מעשה דפרדיסא היה רוצה לכבוש השטר ולגזול לו הקרקע. אבל הכא, לא היה עושה עמו דבר אלא שהיה בשב ואל תעשה, ולא היה טורח בעבורו. וראייה לדבר שלא חשוב אונס ככה"ג, שהרי ר"ת הפליג לדבר בענין מורדת דמאיס עלאי ואומר שכל הכופה לגרש בטענה זו טועה גמור הוא ומרבה ממזרים בישראל, ואפילו הכי נמצא בשם ר"ת וז"ל גם אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה חפיצה בו אין לכופו לא בישראל ולא בגוים, אך אם נחשב בידי גוים בשביל מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר, ואין זו כפייה כיון שאין עושים לו דבר רע כי אם מלמנוע מלעזור לו. הרי לך דלא חשיב אונס מניעות עשיית הטובות. ואף ע"ג דפשיטא דכל אדם מצוה ועומד להוציא ישראל חבירו ממסגר בהיות לאל ידו אפילו הכי לא חשיב אונס במניעת. ה"נ לא חשיב אונס מניעות ההשתדלות ואפילו את"ל שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות, מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו, דלא עדיף מהוציא ממסגר אסיר דלא חשיב אונס אפילו לענין איסור אשת איש החמור כדפירשתי לעיל".

דבריו אלו של מהרי"ק נפסקו להלכה ברמ"א יו"ד סי' רלב סעיף יב וכעין זה ברמ"א אה"ע סי' קנד סעיף כא.

הרי מבואר במהרי"ק, שאם בדרך של שב ואל תעשה, אותו אדם נמנע מלהציל את חבירו מבית האסורים, אינו מוגדר על פי ההלכה כמעשה אונס שהופעל כנגד האדם שנשאר בבית האסורים, מאחר שהכל נעשה בשב ואל תעשה. וכל זאת למרות שאותו אדם היה מחוייב על פי דין להצילו.

במקרה שבפנינו, הבעל חוייב בגירושין, ולאחר מכן בני הזוג התגרשו. קודם לגירושין הוסדר הסכם הגירושין שנחתם בין הצדדים, ואושר בבית הדין.

בהסכם זה, הבעל התחייב בדמי מזונות נמוכים יחסית, עבור שתי הבנות הקטינות. ומאידך, האשה קבלה את הדירה המשותפת במלואה, התחייבה לשפות את הבעל בכל סכום שיחוייב למזונות הבנות יותר מהקבוע בהסכם הגירושין, ושיעבדה את דירת המגורים שקבלה, כערבות להתחייבות זו.

לאחר מספר חודשים, האשה הגישה בקשה לביטול ההסכם, וטענה שנאלצה לחתום עליו לאחר שהיתה לחוצה לקבל את הגט.

השאלה העומדת בפנינו היא, האם על פי ההלכה, האשה רשאית להתנער מההסכם, ולדרוש את ביטולו, בנסיבות אלו שהבעל חוייב בגירושין.

נציין שהאשה טענה טענות עובדתיות בלבד, אך הטענות ההלכתיות לביטול ההסכם, המפורטות להלן, לא נטענו על ידה, או על ידי בא כחה. אך טענות מסוג זה הן טענות שבית הדין רשאי לטעון עבור בעל הדין ("טענין"). יש מקום לדון בהם ולברר, אף בלא שהוזכרו על ידי בעל הדין.

בגמ' במסכת יבמות דף קו. - "בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאין הגון לה, אתא לקמיה דאביי, אמר ליה חלוץ לה, ובכך אתה כונסה. אמר ליה רב פפא לא סבר לה מר להא דאמר רבי יוחנן. ואלא היכי אימא ליה. אמר ליה, חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז. לבתר דחלוץ לה, אמר לה זיל הב ליה, אמר ליה משטה אני בך עבדה ליה, מי לא תניא הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעברא לפניו, ואמר ליה טול דינר והעבריני, אין לו אלא שכרו אלמא אמר ליה משטה אני בך, הכא נמי משטה אני בך", עד כאן לשון הגמרא.

ועיין בשו"ע אה"ע סי' קסט סעיף נ'. ובב"ש ס"ק נג הביא מתשובת הרשב"א שאף אם חייבה עצמה בשטר או בקנין אין מוציאין מידה.

ובספר בית דוד (להג"ר דוד טעביל ז"ל בעל נחלת דוד) חחו"מ סי' ד', הביא מתשובת הרשב"א, וכתב - "אף דהא"ת סי' פא ס"ק ה' ובס"ס קכ"ט כתב דדין זה במחלוקת שנוי. דהרא"ש בתשובה, הביאו דהטור וב"י ס"ס קכ"ט, חולק על זה, וס"ל דבקנין לא מצי אמר משטה אני בך. אין דבריו מוכרחים בזה, וכמ"ש בעל נתיבות המשפט בסי' רס"ד עיי"ש, כי דבריו נכונים. ומסקנת הרב בנתיבות המשפט דהיכי דהוא מצוה לעשות כן וחבירו אינו רוצה, כגון במעבורת שמצוה להצילו וכן ביבם שאינו הגון, כו"ע מודי דאפילו קנין לא מהני, והדין עמו".

ובתשובת הרשב"א ח"א סי' אלף ור"מ כתב - "אבל אם הקדימה ונתנה לו, אין השטאה אחר נתינה. והא דקתני בבב"א טול דינר והעבירני לאו למימרא שנטל קודם שהעבירו אלא טול לאחר שתעבירני קאמר. וקרוב בעיני שכל שחלץ קודם שנטל מעות שאין מוציא מיד האשה ואפילו חייבה עצמה לו בשטר ואפילו בקנין".

וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רסד סעיף ח' - "במה דברים אמורים, בשלא נתן לו. אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציאה מידו". וכן פסק ברמ"א אה"ע סי' קסט סעיף נ' שאם היבמה כבר נתנה את המעות או השלישה את המעות, אינה יכולה לחזור בה.

הרי שאין לדון התחייבות זו כהתחייבות המבוטלת מכח האונס, אלא מפני סברא של "משטה אני בך".

ובשו"ת בית מאיר סי' מז כתב בתוך דבריו להוכיח שאין לבטל את ההתחייבות לתשלום מופרו, ושאינן לדון התחייבות זו כאונאה, וז"ל הבית מאיר - "מתרי טעמא לא שייך דין אונאה, חדא דשייך דידע ומחיל דומה לסעיף ט' שם הואיל ומחמת דוחק קונה. ותו דבאמת שוה לו כל הני אם לא סגי לו בלאו הכי, כיון דבורח מבית האסורים, וכד"ג כל מה שמדמה הגמרא כמו בפרק מצות חליצה דודאי שוה לה המאתיים זוזא אי לא סגי בלאו הכי. ולכן מה שנתן נתן, וא"כ מדוע כשלא נתן, יכול לומר משטה אני בך, היינו משום דהמקבל לא קנה הסך שפסק לו כי אם בדבור, וכיון שהדיבור היה מחמת אונס הוי כלא היה רק כמשחק ומהתל, וכן מבואר בש"ך חו"מ סי' פא סק"ו, ומה שעשה הפועל הוי כעושה מעצמו, ולכן אין לו אלא שכרו הראוי".

ובחו"מ סי' פא סעיף א' פסק הרמ"א - "מי שאמר לחתנו העשיר תלמד עם בנך ואני משלם לך, פטור, כיון דלאו עני הוא ובלאו הכי חייב ללמד עם בנו, יכול לומר משטה הייתי בך". וכתב על זה בנתיבות המשפט סק"ב - "אם היה קנין ושטר חייב, ולא דמי לחליצה בסי' קסט דלא מהני קנין ושטר, דשם הוי כידוע האונס דנתבטלה המתנה, אבל כאן דאינו אונס בדבר, מהני קנין ושטר, אבל אתם עדי לא מהני כמ"ש הש"ך".

ובקצות החשן סק"ד כתב שם - "מיהו גבי חליצה נראה דודאי לא מהני אתם עדי, כיון דאפילו בקנין שטר כתב הרשב"א בתשובה סי' אלף ר"מ וקרוב בעיני שאפילו חייבה עצמה בשטר ובקנין אינו מוציא מיד האשה, ועיי"ש בב"י אה"ע סי' קסט. ונראה שם הטעם משום דהויא אנוסה בדבר כדי שיחלוץ לה, והוא מחוייב לחלוץ. אבל גבי מעבורת והך דהכא, דלא שייך אונס ומהני קנין ושטר, א"כ מהני אתם עדי לסלק השטאה".

מפשטות לשון הקצות והנתיבות היה נראה לומר בכונתם שהתחייבות לתשלום מאתיים זוז בטלה מכח האונס. אך אי אפשר לומר כן, שהרי מקור הדין דלא מהני קנין ושטר הוא בתשובת הרשב"א, ובאותה תשובה כתב הרשב"א "אם הקדימה ונתנה לו אין השטאה אחר נתינה",

וכן עולה מדקדוק לשון הרשב"א והרא"ש בסוגיא שם במסכת יבמות דף קו.

בחי' הרשב"א כתב - "אי הגון לה הוא, מחייבין ליתן מדין שכירות, דלאו אנוסה היא, ולא דמיא לבורח מבית האסורים ... אלא מכיון דלא הגון לה הוה, ומצוה עליה מן התורה בחליצה, ורמיא עליה למיחלץ, האי כעין אנוסה היא, ואיהו נמי לא פסיד מידי, דהא לא חזי ליה מינה מידי, והילכך לא יהבה ליה מידי, דכל מאי דאתני בהדיה, יותר מן הראוי לו התנתה לו ופטורה".

והרא"ש (סי' טו) כתב בלשון זו - "א"ל משטה אני בך עבדי ליה, דכיון דלא הוה ליה הגון לה ולא בעי לה מה שקצבה ליתן לו דמי יתירי, כעין אנוסה היא, וגם איהו לא פסיד ביה מידי".

ובמאירי כתב - "מאחר שאינו הגון לה, מצוה עליו לחלוץ והיא נעשית כעין אנוסה, ואין פסידא אצלו הואיל ואינו ראוי לה, ומתוך כך פטורה אף מדין שכירות".

והריב"ש סי' תעו כתב - "ורב פפא השיב לו דמשטה אני בך עבדי ליה. דכיון דלא הוה הגון לה, עליה רמיא למחלץ לה, בחנם. ומה שקצבה ליתן לו דמים כעין אנוסה היא. ואיהו נמי, לא מפסיד וכל מאי דאתני בהדיה, יותר מן הראוי הוא, ופטורה. כמו בורח מן בית האסורין שמפני הפחד, נודר יותר מן הראוי. שיכול לומר משטה אני בך במה שנדרתי יותר על שכרך. ואין לו, אלא שכרו. כך פירשו רש"י, והרמב"ן, והרשב"א, והרא"ש, וכל המפרשים ז"ל, שראיתי דבריהם".

הרי שהרשב"א הרא"ש המאירי והריב"ש קבעו שהיבמה אינה בגדר אנוסה גמורה, אלא רק "כעין אנוסה היא". וכונתם - מכיון שהיבמה היתה במצב הקרוב לאונס, קיימת אומדנא דמוכח שלא היתה לה כוונה להתחייב בסכום הכסף הגבוה שהתחייבה לשלם ליבם, וכל דבריה היו בכונת השטאה.

והבית מאיר באה"ע סי' קסט סעיף נ' כתב בלשון זו - "בחליצה ומעבורת שהוא כעין אונס כמבואר בהרא"ש, יש לומר דלא גמר ומשעבד אף על ידי שטר".

ובחי' הריטב"א עמ"ס קידושין דף ח. כתב להוכיח בסוגיא זו שקציצה על ידי הדחק אינה קציצה. עיי"ש שהביא את הסוגיא ביבמות, וכתב - "הכא נמי אמרה ליה משטה אני בך, כלומר דכי היכי דמעבורת הוא שכירות מרובה שקצץ מפני דוחקו ואינו חייב בה. הכא נמי שכירות מרובה היא שהרי יבם זה אינו הגון לה, והתורה השיאתו עצה לחלוץ כדכתיב ודברו אליו. מה שקצצה עמו לתת לו בשכר החליצה מאתיים זוז, הויא קציצה מתוך הדחק ואינה חייבת בו. ושמעין מינה שכל המתנה בשכירות יותר מכדי דמים מפני האונס ודוחק השעה שלו, יכול לומר משטה אני בך".

הרי מבואר, שהדין אינו בהלכות ביטול המקח עקב אונס, אלא גם כשלא הגענו עדיין למידה זו של אונס, ההתחייבות בטלה מפני שהיתה זו קציצה מתוך הדחק ויותר מהמקובל.

משטה אני בך, מכלל דשלא בב"ד מיירי מתניתין דאי בב"ד היכי מצי למימר משטה אני בך".

וכן הובא בלשון זו בהגמ"ר בפרק אלו מציאות, "ואומר הרב ... ותדע דהא בגמ' פריך עליה ולימא משטה אני בך, ואם התנה בפני בית דין אין שייך משטה אני בך"

וכן בספר אבקת רוכל סי' קפו וסי' קפח בתשובת רבי יוסף בן צאייח (מחכמי דמשק בדורו של מרן הב"י) כתב בלשון זו - "בגמרא פריך ולימא משטה אני בך ואם התנה בבית דין לא מצי למימר משטה אני בך". ובספר כנסת הגדולה חו"מ סי' רסד בהגהת ב"י אות א' הביא דברי מהר"י בן צאייח ונראה שהסכים עמו, וכתב "אמר המאסף, לפי דעתו צ"ל דלא משני כן תלמודא, משום דדחיק ליה לאוקמי מתני' בפרטי, ובדבר שאינו מצוי להתנות בבית דין".

מבואר מפשטות לשון הראשונים ותשובת מהר"י צאייח שבכל גווניו אין לדון טענת משטה, אם הדבר נעשה בפני בית הדין, ושאינו מקום לחלק בזה בין המקרים השונים שהוזכרו בגמ'.

אך יתכן לחלק בין הדין בנידון דידן שהתחייבות היתה עקב לחץ ואונס, ובין המבואר בשו"ע חו"מ סי' פא סעיף ו'. בסי' פא, המודה בפני בית הדין חוזר בו, וכעת טוען שכונתו היתה לשטות. דהיינו לטענתו ההודאה היתה הודאה בחוב, ללא כל סיבה, ועשה מעשה בלא כוונת התחייבות, בזה י"ל שאם הדבר נעשה בפני בית דין, אינו יכול לטעון טענה זו. אבל במקרה שבו המתחייב נאלץ להודות בפני בית הדין, לאחר שנוכח לדעת, שרק בדרך זו יהיה בידו להסיר את האונס, הרי שבמצב זה נאלץ להתחייב התחייבות בלא כוונה, למרות שזו התחייבות בפני בית דין, ורק בדרך זו היה בידו לסלק את אונסו. בנסיבות אלו, גם כשנעשתה התחייבות בפני בית דין יש מקום לטענת משטה אני בך.

בדברי הראשונים הנ"ל כפי הנראה לא היה אילוף להופיע בבית הדין ולהתחייב בפניהם, אך במקרה שקיים הכרח להופיע עם ההסכם בבית הדין על מנת לקבל את אישור בית הדין להסכם, ובלא שיבוצע הליך זה אין מסודר גט, הרי שגם ביחס להליך כזה הנעשה בפני בית הדין, מאחר שנעשה מכח האילוף, ניתן לטעון טענת משטה אני בך.

וראיתי בפד"ר חו"ד עמ' 67 בפס"ד מהג"ר שמואל שפירא שליט"א שהביא מהראשונים הנזכרים, וכתב - "צ"ע מגמרא יבמות ק"ו גבי חליצה שיכולה לטעון משטה אני בך, אע"ג שהיה בבית דין כמבואר שם בסוגיא". ומתוך כך נטה לחלק בין מקום שיש מצוה למי שהתחייב עבורו, למקום שאין בו מצוה. אך אין משמעות בדברי הראשונים שיחלקו בדבריהם בדרך זו.

מה שהוכיח בפסק הדין (בפד"ר חו"ד שם) מתשובת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סי' ל' שיוכל לטעון טענת השטאה למרות שהתחייבות היתה בפני ב"ד, אינו מוכרח למעיין שם. באותו נידון ההסכם בין החולץ לחולצת נעשה

וכן נפסק בשו"ע כמבואר לעיל. ואילו ההתחייבות בטלה מפני האונס, הוא הדין גם אם הקדימה ונתנה לחולץ מאתיים וזו בטרם החליצה, מדינא עליו להחזירם לה, ובע"כ שהפירוש בדברי הקצות והנתיבות כפי שהתבאר לעיל.

וכן מפשטות הסוגיא בפרק מצות חליצה מוכח שהעילה לפטור מתשלום מאתיים וזו לחולץ היא טענת משטה, ואילו היה מקום לפוטרה מכח היותה אנוסה בהתחייבות זו, היה מקום להגדיר את עילת הפטור באונס.

ובספר דברי חיים חלק א' אה"ע סי' פד כתב - "קשה למה בנתנה לו המעות אין צריך להחזיר, הא חזינן שהיתה הנתינה בעל כרחה מחמת אונס, שלא רצה לקיים המצוה ולמה פסק הרשב"א והמרדכי שבאם נתנה שאין צריך להחזיר.

אך באמת דעתם ז"ל, דנהי דהוא צריך לחלוץ בחנם או להעביר המעבורת, מכל מקום אם לא רצה רק עד ששלמו לו מעות השכירות כרצונו אין צריך להחזיר. ודקדקו כן מדברי הגמרא שאמרו יכולה לומר משטה כו' וקשה למה לי דטעמא דמשטה, הלא אם באמת התחייבה עצמה נימא ליה בעל כרחה ה' הבטחתו. אלא ודאי שמע מינה דאם כבר נתחייב באמת בעד שכירות הגם שהוא בעד דבר שמחוייב לעשותו בחנם, מ"מ אם כבר זכה בחיוב היתה צריך לשלם לו, ורק דהאשה תוכל לומר שלא נתחייבה מעולם כי משטה היתה. אבל בנתן לידו דכבר זכה בו הבעל בעד שכירות שוב אינו חוזר הגם שהי' בעל כרחה. ואם כן משום הכי גם המסירת מודעא לא מהני ושפיר פסק הרשב"א ז"ל דלא מהני מסירת מודעא.

ואם כן הכי נמי בנידון דידן כיון שזכה השליש בעבורו וכנ"ל בשם המרדכי, שוב לא מהני המסירת מודעא בעד מה שזכה לו בעד שכירותו, והמעות מחויב השליש לתת להבעל".

לפי זה, מאחר שאין אונס גמור שבכחו לבטל את הקנין, אלא טענת משטה, היה מקום לומר שאם ההתחייבות נעשתה בפני בית הדין, אין מקום לטענת משטה, וכפי שפסק בשו"ע חו"מ סי' פא סעיף ו', ועיי"ש בתומים ס"ק ל' שלדינא נקטינן שאינו יכול לחזור מהודאה בבית דין, בטענת משטה אני בך, וע"ע בביאור הגר"א ס"ק מד.

וכן מצינו בכמה ראשונים, ששללו טענת משטה המוזכרת בסוגיא בב"ק דף קטו, כשהדבר נעשה בפני בית דין.

כן כתבו בהגהות מיימוניות הלכות גולה ואבדה פי"ב סק"ד בשם רבי ברוך ממגנצא, וז"ל - "בגמ' פריך עליה ולימא משטה אני בך, ואם התנה בבית דין אין שייך לומר משטה אני בך". וכן בשו"ת מהר"ח או"ז סי' רכב כתבו בתשובה החתומה על ידי שלשה מחכמי מגנצא (כפי הנראה, אחד מהם רבי ברוך ממגנצא הנזכר בהגהות מיימוניות) - "מדאמר התם בהגוזל בתרא בגמרא לימא ליה

אך עדיין נסיבות ההתחייבות בפני בית הדין המאשר הסכם גירושין, אינן דומות לאמור לעיל. בהסכם גירושין המאשר על ידי בית דין רשמי המוכר על ידי מוסדות המדינה כערכאה שיפוטית, לאחר הדיון ניתן ביד הצדדים פסק דין הקובע שההסכם בתוקף וכי סעיפי ההסכם יחשבו כפסק דין מחייב. ובעלי הדין רשאים לפנות להליכי הוצל"פ או גביית מזונות באמצעות המוסד לביטוח לאומי, ולהוציא לפועל את פסק הדין, וללא הליך משפטי נוסף לגופו של פסק הדין.

בנסיבות אלו, המתחייב יודע שמיד עם סיום ההליך לאישור ההסכם, הצד השני יחזיק בידו מסמך משפטי מחייב. ידיעה כזו אמורה למנוע התחייבות או הודאה אם כוונת המתחייב או המודה לשטות. שהרי אותו בעל דין אמור לדעת, שלא תהיה בידו האפשרות לטעון טענת השטאה בטרם ינקטו בהליכי הוצל"פ, ואם יחפוץ להגיש בקשה לביטול ההסכם, יחוייב לפתוח בהליך מסובך עם סיכויי הצלחה מועטים. ואינו דומה להתחייבות או הודאה בעלמא, שגם אם נעשית בפני בית דין, עדיין בטרם ניתן פסק דין חלוט לביצוע, ההתחייבות וההודאה גרידא אינן מאפשרות לצד השני להוציאן לפועל בעל כורחו של הצד השני ללא דיון בתביעה נפרדת למימוש ההתחייבות. המתחייב בנסיבות אלו סבור, שבמסגרת דיון בתביעה למימוש ההתחייבות, יהיה סיפק בידו לחזור בו בטענת השטאה.

העולה מדברינו – עקרונית, יש מקום לדון האם יש מקום לטענת משטה אני כך, כשהתחייבות נעשתה בפני בית הדין, והבאנו את הדיעות בזה. ומסתבר שיש מקום לטענה זו במקרה שלא היה מנוס בפני המתחייב אלא להסדיר את התחייבות בפני בית הדין ובלא כן לא היה מביא להסרת האונס והלחץ בו הוא שרוי. למרות זאת ככל שהדבר נוגע להתחייבות במסגרת הסכם גירושין המקבל תוקף של פסק דין לאלתר על ידי בית דין רשמי, מסתבר שאין מקום לטענת "משטה אני כך".

במקרה שהבעל חוייב בגט והאשה התחייבה ליתור מצידה, כגון שהוסכם על דמי מזונות נמוכים בשיפוי וערבים. מן הראוי שבית הדין ימנע מאישור הסכם גירושין אם קיימת סבירות שלאחר מכן תעלה טענה שההסכם נחתם מתוך אילוץ, ותעלה תביעה להתנער מההסכם בטענת משטה אני כך.

על מנת להסיר ספק, ומאחר שיתכן שבמסגרת דיון עתידי לביטול ההסכם, טענת המבקש ביטול תתקבל, מוטל על בית הדין להבהיר לבעל שתוקף הגט ותחולתו אינם מותנים בשום דבר וגם אם הצד השני ימצא דרך שלא לעמוד בהתחייבויותיו, וגם אם הנסיבות הידועות לו כעת שהביאו אותו החלטה לתת גט ישתנו בעתיד, או יתבררו כמוטעות או שגויות, הגט ישאר בעינו שריר וקיים ללא כל הנאי וללא קשר לנסיבות שהביאו אותו להחלטה לתת גט. וזאת על מנת למנוע את ספקות בכשרות הגט, העשויות

בטרם הגיעו לבית הדין, ובפני בית הדין האשה השלישה את הכסף ביד שלישי אך לא התחייבה דבר.

ביחס לראייה שכתב שם מהסוגיא בפרק מצות חליצה, ממנה מוכח שגם ביחס להתחייבות שנעשתה בפני בית דין ניתן לטעון טענת משטה אני כך, יש להעיר שתי הערות. ראשית, בהיא עובדא האשה לא התחייבה כלל בפני בית דין, למרות שהחליצה גופה דינה להעשות בפני בית דין של חמישה כדין, עכ"פ אין מפורש בגמ' שמעשה ההתחייבות הממונית של מאתיים זוז ארע באותו מעמד בפני בית הדין. יתכן שהדברים נאמרו ליבם כשבאו לפני אביי בטרם הוסכם לבצע את החליצה, ובאותו מעמד סוכם לחלוץ על מנת שינתנו מאתיים זוז ורק לאחר מכן החלו בהכנות לחליצה, אבל קודם לכן, את ההתחייבות של היבמה, לא הווקו לעשותו בפני בית דין.

שנית, אפילו תימא שהדבר נעשה בפני בית הדין, יתכן מאד שמעיקרא אותם הדיינים בבית הדין היו בעצה אחת עם רב פפא להטעות את החולץ ולהבטיח לו מאתיים זוז עבור החליצה, ומתוך כוונה שלא לשלם לו, שהרי רואים בגמ' שכבר קודם לכן טכסו עצה כיצד להטעותו. בתחילה אמרו לו חלוץ על מנת שאתה כונסה, ולאחר שנמנעו מחליצה כזו, מסתבר שגם הדיינים בעצמם ידעו שהם יאמרו ליבם שהחליצה נעשית על מנת שהיא תתן לו מאתיים זוז, אך אין לחלוצה כל כוונה לתת ליבם את הסכום זה, וכל מגמתה לשטות בו. ובוזה סבר אביי, דלא מהני כוונה כזו לפוטרה מההתחייבות של מאתיים זוז, אך רב פפא הוכיח מהא דמעבורת, דמהני לפוטרה מה שכוונתה היתה לשטות בו. ומסתמא לא נחלקו אביי ורב פפא בשאלה המתייחסת למציאות המעשית, האם האשה כיוונה לשטות או לא, וכדמוכח בסוגיא, וידעו שבית הדין ידע על כך, עקב היותו יבם שאינו הגון, ויש הכרח למצוא דרך לפוטרה ממנו. אלא שלאחר החליצה אביי ורב פפא ביררו את השאלה הממונית, האם אכן תועיל כוונתה הנ"ל לפוטרה מתשלום זה.

אבל כשבית הדין יושב בדין שבין שני צדדים, ואינו בעצה אחת עם נשוא ההתחייבות, בנסיבות אלו אם ההתחייבות נעשתה בפני בית הדין, יתכן שלא יהיה מקום לטענת משטה אני כך.

אך כאמור לעיל, הדברים נוטים שבמקרה שהיה אילוץ להתחייב בפני בית דין ובלא כן לא היה מסיר את האילוץ, יוכל לטעון טענת משטה אני כך. ועיין במאירי ב"ק דף לה: שמפורש בדבריו בדין טענו חיטים והודה לו בשעורים שלמקצת משיטות הראשונים פטור משעורים מפני טענת משטה אני כך, וכתב המאירי שיש מקום לטענת משטה אני כך גם כשהודה לו בשעורים בפני בית דין. ולדברינו יש מקום לטענת משטה אני כך מפני שהדבר גלוי לכל שנאלץ להודות בשעורים כדי להסיר מעליו את תביעת החיטים. וכעין זה בש"ך סי' פא ס"ק נו.

ונציין לדברי קצות החשן סי' פא סק"ד (בסופו) שכתב שאין מקום לטענת השטאה אם ידוע שבמועד ההתחייבות לא היתה כוונה לשטות. וז"ל קצות החשן - "אך אם הוא בעצמו, שידוע כוונתו, שלא כיוון להשטות צריך הוא לשלם לפי שנתחייב בתורת שכירות. ואם היה ידוע לנו שלא היתה כוונתו להשטות, אנן נמי מחייבין אותו, וכדמוכח מתשובת מהר"ם הנזכרת. וכן אם נשבע או נתן תקיעת כף דבזה לאו להשטאה עביד, נתחייב חיוב גמור בתורת שכירות", עכ"ל.

לפי זה בנידון זה שלאחר הגירושין, לאחר שהאשה כבר קבלה את הגט וכבר לא היתה לחוצה להסכים להסכם שאינו מקובל עליה, הופיעו בבית המשפט, הבעל (לשעבר) והאשה עם עורך דינה, על מנת לאשר ולתת תוקף משפטי לסעיפי ההסכם הנוגעים להליכים המתנהלים בבית המשפט, בכך הוכיחו את רצינות כוונתם באישור ההסכם, ושמעיקרא לא היתה כוונה לשטות, על כן אין מקום כעת שהיא תוכל לטעון, או שאנו נטען עבורה (בתורת "טענין") את טענת משטה.

להתעורר עקב ביטול ההסכם לאחר הגירושין, כפי שאכן התעוררה שאלה כזו באותו פס"ד, בפד"ר חי"ד הנזכר, עיי"ש עמ' 89 סעיף פד. ועיין בספר ערך שי על חו"מ סי' רס"ד שדן לבטל הגט בנסיבות דומות, מפני שדן את הגט כגט מוטעה, מאחר והבעל סבר שקבל דבר מסויים תמורת הגט, ואינו צריך להתנות. הבהרה כזו נחוצה והכרחית בכל סידור גט, ומחוייבת יותר בנסיבות אלו. ועיין לעיל סי' פו שהארכנו בנושא זה.

במקרה הנוכחי הנידון בפנינו, היה שיקול נוסף שלא לבטל את ההסכם. כעבור חודשיים מיום הגירושין, הצדדים הופיעו בבית המשפט ובקשו שינתן תוקף לסעיפי ההסכם המתחייבים להליכים שהתקיימו בבית הדין, (למרות שמבחינה משפטית הליך זה היה מיותר, לאחר שההסכם כבר קבל תוקף חוקי בבית הדין), ובכך גילו דעתם כי כוונתם לקיים את ההסכם היתה רצינית, ושלא מצאו בו ליקוי הלכתי או משפטי המחייב את ביטולו.

סימן צז

אשה שהתגרשה מבעלה בערכאות בלבד ונישאה לגוי ומבקשת לחזור לבעלה

אדר תשנ"א

מעולם לא שמעו ולא יכלו לשמוע על גט פיטורין כדמו"י. יש לדון האם לאחר שהאשה סברה שפירוד בערכאות מתירה לעלמא, דינה כשוגגת המותרת לחזור לבעלה, שאינו כהן.

האם ביאת נכרי אוסרת אשה על בעלה לשיטת ר"ת

שיטת ר"ת היא, שאשת איש שזינתה עם נכרי אינה נאסרת לבעל לכשיתגייר, וי"א שלפי שיטת לר"ת, אף אינה נאסרת על בעלה. ונבאר בעז"ה את שיטת ר"ת. במסכת כתובות דף ג: (בתוס' ד"ה ולדרוש), וכן במסכת סנהדרין דף עד: (בתוס' ד"ה והא), מובאת שיטת ר"ת שאין חייבין מיתה על ביאת גוי, דרזחמנא אפקריה לזרעיה. וכתבו התוספות - "מתוך כך התיר ר"ת, לבת ישראל שהמירה ובא עליה עכו"ם, לקיימה לאותו עכו"ם כשנתגייר. דלא שייך למימר אחד לבעל ואחד לבעל, בביאת מצרי דהויה כביאת בהמה".

ועיי"ש בתוס', שהריב"ם הקשה על ר"ת מכמה סוגיות. מקושיותיו של הריב"ם מבואר, שסבר בדעת ר"ת שדעתו להתירה אף לבעלה, דאל"כ אין מקום לקושיותיו ממסכת כתובות דף כו: וממסכת מגילה דף טו. .

וכן מפורש בתוס' ישנים במסכת יומא דף פב. שר"ת התירה לבעלה, וכן מבוארת שיטת ר"ת במאירי עמ"ס כתובות דף ג. ועמ"ס סנהדרין דף עד: (ד"ה ולמדת).

לעומת זאת, יש שכתבו שר"ת לא התירה אלא לבעלה הגוי לאחר שהתגייר. כ"כ בחידושי הריטב"א עמ"ס כתובות

בבית הדין הופיעו בני זוג שנישאו ברוסיה בשנת תשל"ט. לדבריהם נישאו בחופה וקידושין כדת משה וישראל, ואף ציינו את שמו של הרב שסידר להם חופה וקידושין. לזוג נולדו שני ילדים ולאחר כמה שנים נפרדו, והסדירו את הפירוד באופן חוקי בערכאות, בהתאם למקובל ברוסיה, אך לא התגרשו בג"פ כדמו"י.

עקב הבורות המוחלטת שלהם ביהדות ובדיני תורה בסיסים, סברו שפירוד בערכאות מועיל לנתק את קשר האישות ביניהם, ולאחר זמן, האשה נישאה לגוי בערכאות. לאחרונה, האשה ובעלה הגוי עברו להתגורר בארץ, וכן בעלה היהודי עלה לארץ.

כעת האשה רשומה במסמכים כנשואה לבעלה השני הגוי, ושניהם נפרדו בהסכמה, ובקשו להסדיר את פירודם באופן חוקי. בנוסף, האשה מעוניינת לשוב ולהנשא לבעלה הראשון ולרשום כזוג נשוי. יצויין כי האשה ובעלה הראשון כבר חזרו לחיות ביחד, ברצונם לברר את מעמדם עפ"י דין תורה ולאשר נישואיהם.

השאלה העומדת לבירור היא - האם בעקבות הנישואין עם הגוי, האשה נאסרה על בעלה הראשון.

הנקודות הטעונות בירור הן -

- האם ביאת הגוי אסרה את האשה על בעלה.
- את"ל שביאת גוי אוסרת, האם יש לדונה כשוגגת מכיון שסברה שגירושה בערכאות מתירים אותה להינשא. כידוע, רובם המכריע של היהודים שחיו בתקופה זו ברוסיה,

הבי" סי' קעח כתב - "ובארחות חיים כתוב דאין לסמוך על ר"ת שכל חכמי דורו נחלקו עליו". וכן המאירי בכתובות ובסנהדרין דחה את שיטת ר"ת.

להלכה - בשו"ע אה"ע סי' קעח סעיף יט הביא בשם י"א את שיטת ר"ת לענין להתירה לגוי לכשיתגייר, ועיי"ש בביאור הגר"א שהלכה זו הובאה בשם י"א, מכיון שהרא"ש ורבינו יחיאל הסכימו לר"ת (אף שלא מטעמיה). משא"כ ביחס להתירה לבעל לא הובאו י"א דמותרת לבעל, מכיון שלא מצינו ראשונים נוספים העומדים בשיטת ר"ת. ואדרבה בסי' ז' סעיף יא מפורש ברמ"א דבנחבשה בידי עכו"ם ע"י נפשות דחיישינן שמא נבעלה ברצון, ונאסרת על בעלה, והיינו דלא כר"ת.

וכן פסק להלכה בשו"ת אור המאיר (להג"ר מאיר שפירא מלובלין ז"ל) בח"א סי' לח בנידון אשת איש שנתנה עיניה בנכרי וילדה ממנו בת. ולאחר שהג"ר מאיר שפירא ז"ל דן בשיטת ר"ת העלה - "ע"כ לדינא הדבר פשוט דאסורה לבעל אפילו ע"י ביאת נכרי". מכיון שלהלכה שיטת ר"ת נדחית, ועיי"ש שלא סמך על שיטת ר"ת, אף שהיה חשש שתצא לתרבות רעה.

בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"ד סי' מד (סוף סעיף ה') כתב - "א"כ ליכא אף שיטה אחת שיתיר אשה שזינתה ברצון שלא תיאסר לבעלה, ולא שייך צירוף שיטת ר"ת להתיר לבעל דליכא כלל שיטה כזו".

ויש להעיר על האג"מ שלשיטת המאירי והתוס' ישנים ביומא ר"ת התירה לבעלה, ולכאורה יש מקום לצרף את שיטת ר"ת כסניף להיתר. וכן בשו"ת ציץ אליעזר חלק יז סי' נו (סעיף ד') צרף את שיטת ר"ת כסניף להיתר אחר.

חידוש גדול מצינו באבני נזר, חלק אה"ע סי' כח (מס"ק כב והלאה). עיי"ש שדן באשת איש שזינתה עם עכו"ם, והאריך לישב דעת ר"ת דלא תיאסר על בעלה ושיש לקיים דבריו. מכיון שקיים איסור על בת ישראל להבעל לנכרי, עוד בטרם נישאה, הרי שאין איסור אשת איש הנוסף עליה בנישואיה יכול לחול על האיסור שכבר היה קיים כשהייתה פנויה, מכיון שהאיסור מצד אשת איש הוא איסור עשה - "ודבק באשתו ולא באשת חבירו", והאיסור שהיה עליה כבר בעודה פנויה היה איסור לאו, ולכן כיון שאין תוספת איסור מצד שהיא אשת איש לא חל עליה האיסור עשה, וממילא לא נאסרה על בעלה.

ועיין באגרות משה אה"ע ח"ג סי' ל' ובחלק ד' סי' מד שהאריך לדחות את דברי האבני נזר, והסכים עמו בספר מנחת יצחק חלק י' סי' קכט, וכן בספר ברכת שלמה (להג"ר שלמה טנא ז"ל) חלק אה"ע סי' ו' סעיף ח' דחה את חידושו של האבני נזר.

עיקר טענת האג"מ שאין מקום לדון, אין איסור חל על איסור' אלא לענין חיוב מיתה או חטאת, אבל ודאי נידון כעובר על איסור לאו, עיי"ש שהוכיח כן ממסכת יבמות (לב): שנידון כרשע גמור משום שעבר על שני לאוין, ונ"מ שנקבר בין רשעים גמורים.

דף ג: ז"ל - "אע"ג דביאת נכרי אוסרת אשה לבעלה כדאמרינן בשמעתתא, לא חשיבא גילוי עריות ליהרג עליו", וקמ"ל ר"ת דאף שנאסרה לבעלה לא אמרינן כשם שאסורה לבעל אסורה לבעל.

וכ"כ השטמ"ק עמ"ס כתובות דף ג:.

וע"ע בתרומת הדשן סי' ריט, שהסתפק האם ר"ת התירה לבעל או אף לבעלה, וכתב דעכ"פ המעשה רב שעשה ר"ת, היה רק להתירה לבעל.

וכן בפני יהושע ובהפלאה עמ"ס כתובות (שם) דנו שלשיטת ר"ת אסורה לבעלה, עכ"פ מדרבנן.

וכן דעת החתם סופר בתשובה שלשיטת ר"ת האשה אסורה לבעלה, אלא שהתחדש בדבריו ביאור בסברת ר"ת לחלק בין האיסור לבעל לאיסור לבעל, וז"ל החתם סופר (חלק אה"ע ח"א סי' ט') - "לא אמרה ר"ת אלא שאינה חייבת מיתה, אבל לבעלה מיתסרא דעכ"פ מעלה מעל באישה, ומיושב קושיות ריב"ם שם על ר"ת".

ועיין בספר ברכת שמואל עמ"ס כתובות סי' ח' שקלס סברת החת"ס והוסיף לבאר שיש לחלק בין ביאה האוסרת על הבעל לביאה האוסרת על בעלה. לענין הבעל, אינה נאסרת אלא כשיש על הביאה גדר של גילוי עריות, ולכן כשהבעל נכרי לא נאסרה עליו לשיטת ר"ת. משא"כ ביחס לבעל, כל שע"י ביאה זו קרינן בה "ונטמאה" נאסרה. ולכן ביחס לבעל אף שנבעלה ע"י נכרי, הרי מעלה בו מעל וממילא הוי בגדר "ונטמאה".

ויש לציין, שלא מצינו ברבותינו הראשונים שהסכימו עם שיטת ר"ת לענין להתירה לבעלה. לעומת זאת, כמה ראשונים הסכימו לדינו של ר"ת להתירה לבעל, אך לא מטעמו אלא מטעמים אחרים.

הרא"ש בכתובות פ"א סי' ד' קיים את פסק ר"ת להתירה לבעל, מטעם דלא שייך למימר אחד לבעל ואחד לבעל לבעל אלא כשהיתה מותרת לו קודם לכן ונאסרה ע"י ביאה זו, משא"כ בגוי דבלאו הכי אסורה עליו לא קרינן ביה ונטמאה, כיון שלא התוסף איסור בביאתו.

ובריטב"א (שם) כתב בשם רבינו יחיאל, שדינו של ר"ת במעשה שהיה, אמת, "דכיון דבשעה שנאסרה על בעלה נכרי הוא, וליכא למימר אסורה לבעל, השתא נמי לא מתסרא עליו דגר שנתגייר כקטן שנוולד דמי, וכך היה אומר ר"ז ז"ל".

וע"ע בחי' מהרי"ט עמ"ס כתובות דף ג: שקיים את פסק ר"ת, וכטעמו של ר"ת. דכיון שנכרי אינו בתורת אישות ולא מצינו שאם בא על אשת נכרי דתאסר עליו מחמת ביאה זו, אע"ג דחייב מיתה על כך, ולכן גם אשת ישראל לא תאסר עליו, ומסיים המהרי"ט - "הא דאמרינן כשם שאסורה לבעל אסורה לבעל, היינו היכא דשייך בועל באיסור אשת איש, אבל עכו"ם לית' בתורת אישות".

לעומת זאת, מצינו בראשונים שחלקו על ר"ת אף בדינו שהתירה לבעל הגוי.

האם האשה נידונה כשוגגת או כמזידה

אין ספק שבנידון שבפנינו, האשה נמנעה מלקבל ג"פ כדמו"י רק עקב חוסר ידיעה שיש צורך בזה, וסברה שפירוד בערכאות מתירה לעלמא, (כשם שמסתמא לא לימדוה איסור הנישואין לנכרי).

אמנם בכל מקרה יש לדון לגופו, אך במקרה זה בהתחשב בכך שבאותם שנים (שנת תשמ"ה) שעדיין לא היה זכר של יהדות ברוסיה הסובייטית, מלבד אצל יחידי סגולה, וק"ו שלא היו מורי הוראה שילמדו את הציבור כיצד לנהוג. ללא ספק האשה במעשיה הנ"ל שנישאה לאחר ללא ג"פ כדמו"י מבעלה, היתה שוגגת גמורה, או אפילו אנוסה.

יש לברר מה דינה של מי שזינתה בשוגג.

הרמב"ם פרק כד מהלכות אישות הי"ט פסק - "האשה שזינתה תחת בעלה בשגגה או באונס הרי זו מותרת, שנאמר והיא לא נתפשה הא נתפשה מותרת ... ודין השוגגת ודין הנאנסת אחד הוא שהשגגה צד אונס יש בה".

הכסף משנה הביא את מקור הדין דשוגגת מותרת לבעלה ישראל, ממסכת יבמות סוף פרק ד' אחים, שנים שקידשו שתי נשים ובשעת כניסתן לחופה הוחלפו, מפרישין אותן ג' חדשים לידע אם הן מעוברות ואח"כ מחזירים אותם.

וכתב בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' יג, וז"ל - "הנה ההפרש בין שוגג לאונס מבואר ברמב"ם פ"ה מהלכות שגגות ה"ו וז"ל שהשוגג היה לו לבדוק ולדקדק, ואילו בדק יפה יפה ודקדק בשאלות לא היה בא לידי שגגה, ולפי שלא טרח בדרישה וחקירה ואחר כך יעשה צריך כפרה עכ"ל, משא"כ האונס פטור מקרבן ואין צריך כפרה, דמאי הוה ליה למיעבד. וכיון שבגמרא שם ביבמות איתא, תני רבי חייא הרי כאן שש עשרה חטאות, אלמא דגם בכה"ג דמחייבא בקרבן אינה אנוסה גמורה רק שוגגת, אעפ"כ מותרת לבעלה. וזה שכתב הרמב"ם (פכ"ד מאישות דין כ') ודין השוגגת ודין הנאנסת אחד הוא שהשגגה צד אונס יש בה, כלומר אף על פי שאינו אונס שאילו דקדקה יפה בשאלות להבחין בטביעת עין דקלא או אילו בדקה יפה היתה מכרת שאינו בעלה, והיא לא עשתה כן, מ"מ כיון דעכ"פ שגגה וסברה שהוא בעלה מותרת לו, שהרי אינה מזידה עכ"פ", עכ"ל הצמח צדק.

ולפי זה יש להתירה לבעלה בנדון דידן, שהיא לכל הפחות דינה כשוגגת.

אמנם בספר עין יצחק ח"א סי' ע' האריך להוכיח שרק שוגגת הקרובה לאונס מותרת לבעלה, ובאר החילוק בין אם אחרים הטעו אותה, או שהיא הטעתה את עצמה שיחשב קרוב למזיד. אך גם לפי דרכו יש לדון שבפנינו כשוגגת קרוב לאונס, מאחר שכל מלמדיה מנעוריה, הטעו אותה, כשלא לימדו אותה שלאחר חו"ק יש הכרח שהגירושין יוסדרו באמצעות ג"פ כדמו"י.

אך יש להעיר על דבריו ממש"כ בספר בית הלוי ח"א סי' מד, עי"ש שהאריך בדין אין איסור חל על איסור והעלה שדעת כמה ראשונים דאינו חל כלל.

בנוסף דנו האג"מ ובספר ברכת שלמה לדחות את האבני נזר בטענה שפנויה שזינתה עם נכרי אינה בלאו אלא לוקה מכת מרדות מדרבנן וממילא כשנעשית אשת איש התווסף עליה איסור תורה להיבעל לנכרי, ולכן נאסרה על בעלה.

וע"ע באבני נזר (שם בסוף הסי') שיש להתיר אף לדעת רוב הפוסקים החולקים על ר"ת, מכיון שלא ידעה כשזינתה עם הגוי שע"י זה תאסר על בעלה, בכה"ג אומרים שיש אומדנא שאם בעלה בשעת הקידושין היה יודע שתזנה עם עכו"ם בכה"ג שלא תדע שע"י כך תאסר עליו, היה מקדשה חוץ מלנכרי, וע"י כך אינה אשת איש ביחס לנכרי, עי"ש באבני נזר שבסס את סברתו. וא"כ ה"ה בנידון דידן בשעה שנישאה לנכרי לא אסקה אדעתה שתאסר לחזור לבעלה, ולדעת האבני נזר מותרת לבעלה אף לדעת הראשונים שחלקו על ר"ת.

ועיין באגרות משה ובברכת שלמה שדנו בדברי האבני נזר, הן מצד האומדנא והן מצד עצם הדין אם יכול לקדשה חוץ מנכרי, ואכמ"ל.

והנה הרב השואל ששלח את השאלה לגאון האבני נזר, דן בדברי האבני נזר בספרו שו"ת עני בן פחמא בחלק אה"ע סי' יט, ודחה דברי האבני נזר, הן מצד דלא קיי"ל כר"ת ואין לצרפו לסניף מכיון שר"ת התירה לבעל בלבד ולא ולבעלה, (אך כבר הבאנו לעיל שיש סוברים שר"ת התירה לבעלה). והן מצד דלקדשה חוץ מנכרי הוי שיוור, מכיון שע"י שמקדשה נאסרה אף לנכרי, אם זינתה עם נכרי נאסרת עליו, לכן יש שיוור בקידושין אם יוציא את הנכרי מהאיסור שבא ע"י הקידושין, וקידושין עם שיוור לא מהני כמבואר במסכת קידושין דף ז. גבי חציין מקודשת לי וברשב"א (שם ד"ה התם בהמה) שצריך שיהיו קידושין מושלמים בלא שיוור.

בשו"ת עני בן פחמא בסיום דבריו כתב שהראה את תשובת האבני נזר לגאונים בעל התורת חסד מלובלין ובעל ישועות ישראל מקוטנא, ולא הסכימו להצטרף להיתרו של האבני נזר.

סיכום -

לדעת כמה ראשונים, ר"ת התיר אשה שזינתה עם נכרי שתוכל לחזור לבעלה, וי"א שר"ת התירה לבעל הנכרי בלבד. אף אם ר"ת התירה לבעלה, נחלקו עליו שאר הראשונים. וכן נפסק להלכה דלא כר"ת, אך עכ"פ כתב הציץ אליעזר שניתן לצרף את שיטת ר"ת כסניף להיתר (אליבא דהראשונים שפירשוהו להתירה לבעלה).

לדעת האבני נזר אין לדחות את שיטת ר"ת, ולשיטתו בנידון דידן אף לדעת החולקים על ר"ת יש להתיר. אלא שדבריו מבוססים על כמה סברות מחודשות מאד ויש מקום לפקפק בהן, וכבר נדחו ע"י כמה מחכמי דורו, וכן דחו דבריו בתשובת אגרות משה המנחת יצחק ובספר ברכת שלמה.

האם בנדון כעין זה, גזרו שתצא מזה ומזה

במסכת יבמות (דף פז:) שנינו "האשה שהלך בעלה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעליך וניסת ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה".

והרמב"ם בפרק ה' מהלכות שגגות ה"ה כתב - "האשה שהלך בעלה למדינת הים ושמעה שמת או שבאו עדים שמת ונישאת בין על פי עצמה בין על פי בית דין, ונודע שבעלה קיים חייבת קרבן".

מבואר שאשה ששמעה שמת בעלה ונשאת, מדאורייתא דינה כשוגגת, שאם היתה כמזידה או אנוסה לא היתה יכולה להביא קרבן, ואפ"ה אסורה לבעלה הראשון מדרבנן.

ויש מקום לברר אימתי שוגגת אסורה לבעלה מדרבנן. בסוגיא ביבמות בריש פרק עשירי (דף פח:-פט.) הגמרא שואלת מדוע מי ששמעה שבעלה מת ונשאת צריכה גט מזה ומזה. "בשלמא מראשון תבעי גט אלא משני אמאי זנות בעלמא הוא".

רב הונא מתרץ - "גזירה שמא יאמרו גרש זה ונשא זה ונמצא אשת איש יוצאת בלא גט". ופרש רש"י - "גזירה שמא יאמרו. כשרואין הראשון חי סבורים ששני זה כשנשאה על ידי שגירשה ראשון נשאה, ואשת איש גמורה היא, ואם מוציאה שלא בגט נמצאת אשת איש בלא גט". דהיינו האשה זקוקה לגט משני מחשש שמא יסברו העולם שהשני נשאה כדת וכדין לאחר גירושי ראשון, ואם יראו שהשני אינו מגרשה יאמרו שאשת איש יוצאת בלא גט. ובמסקנת הגמרא נאמר - "קנסוה רבנן".

לשיטת רש"י (המבוארת בחי' הרשב"א והריטב"א, וכ"כ רש"י במסכת גיטין דף פ: ד"ה דמיחלפא) גם למסקנא נשאר דברי רב הונא, ועיקרו של הקנס הוא מטעם שיש לחוש שמא יאמרו גרש זה וכנס זה ונמצא אשת איש יוצאת בלא גט.

והרמב"ם בפרק י' מהלכות גירושין הלכה ד' כתב - "כל מי שנשאת בגט בטל הרי זו צריכה גט מבעל שני כדי שלא יאמרו אשת איש יוצאה בלא גט. וצריכה גט מהראשון להתירה לשאר העם. ונאסרה על שניהם לעולם אע"פ שנבעלה בשגגה, כדי שלא יאמרו החזיר זה גרושתו אחר שנשאת, ואם עבר אחד משניהן והחזירה יוציא".

הרי מבואר מדברי הרמב"ם, שגדר האיסור מדרבנן לראשון הוא, מאחר שהיא זקוקה לגט מהשני, על כן נאסרה על הראשון, כדי שלא יאמרו שהחזיר גרושתו לאחר שנשאת.

וכתב המשנה למלך בפ"י מהלכות גירושין ה"ד בדעת הרמב"ם - "והנראה בכונת רבינו ז"ל הוא דודאי הכא שוגגת היא ומן הדין מותרת לבעלה ולבועל, אלא דחכמים קנסו דלא תנשא לבועל משום דעבדא איסורא. אלא דהוקשה לרבינו דהתינח דקנסו לשני, אלא לראשון דלא עבד איסורא אמאי קנסוה. ותרץ דע"כ צריכה גט משני כדי שלא יאמרו אשת איש יוצאת בלא גט, משום הכי אסורה לראשון שלא יאמרו החזיר גרושתו ... לדין דקיי"ל דאפילו

נשאת בעדים כל הדרכים האלו בה, ע"כ טעמא הוא דאסורה לשני משום קנסא דוקא וצריכה גט משום קנס, אלא שטעם זה לא שייך גבי ראשון, ומש"ה אמר דטעמא דאסורה לראשון הוא משום שלא יאמרו החזיר גרושתו משנשאת".

וכן כתב הרא"ש (יבמות פ"י סי' א), וז"ל - "פי' דעבדא איסורא קנסו רבנן וחשו לגירש זה ונשא זה ולא רצו להתירה משום נשואי טעות ... ודלא כרב אלפס ז"ל שכתב אלא רישא דעבדא איסורא משמע דהשתא הדר ביה מטעמא שמא יאמרו. ואי אפשר לומר כן, דהא לקמן גבי אשת אח ואחות אשה לא מצרכינן גט אלא לר"ע ... ואי טעמא משום קנסא לחודה התם נמי הוה לן למיקנס כיון דעבד איסורא. אלא ודאי תרתי טעמי בעינן, הלכך כשנתקדשה דלא עבד איסורא, ובאשת אחיו ובאחות אשה דליכא שמא יאמרו אינה צריכה גט".

לעומת זאת, יש ראשונים שפרשו שלמסקנת הגמרא ליתא לסברת רב הונא דמשום גזירת שמא יאמרו כו', אלא מטעם קנס דעבדא איסורא. כן דעת הרי"ף שגרס "אלא רישא דעבדא איסורא קנסוה רבנן".

וכתב נמוקי יוסף - "לעולם טעמא דבעי גט משני לאו משום גזירה זו, דכו"ע יתלו טפי בנשואי טעות מלמימר אשת איש יוצאת בלא גט, אלא כל מה שהצריכו גט משני משום קנסא דעבדא איסורא ... וטעם קנס זה כדי לעגן אותה שלא תנשא בלא גט. א"נ כדפירשו בירושלמי והוא הנכון, משני צריכה גט כדי לברר איסורו של ראשון, כלומר שעושין קיום לקדושי שני כדי לאוסרה על הראשון".

וכן מסקנת הריטב"א בחידושי (שם). המל"מ (שם) באר שיטה זו וז"ל - "מסתמיות דברי הראשונים ז"ל נראה, דסבירא להו ז"ל דטעמא דאסורה לראשון הוא משום קנס דקנסוה רבנן לדידה, שלא תנשא לא לראשון ולא לשני משום קנס אע"פ שהיא שוגגת. וכן נ"ל מהירושלמי שהביא הרב נמוקי יוסף עלה דהך, דאמרין דקנסוה רבנן דתיבעי גט משני, שכתב דהקנס הוא כדי לעגן אותה שלא תנשא בלא גט, א"נ כדפירשו בירושלמי והוא הנכון משני צריכה גט כדי לברר איסורו של ראשון, כלומר שעושין קיום לקידושי שני כדי לאוסרה על הראשון כו' יע"ש. הרי לך שאיסורה על הראשון הוא מקודם שנתגרשה ועשו קיום לאיסור זה להצריכה גט משני ובזה נאסרת עליו משום מחזיר גרושתו".

וע"ע בשו"ע סי' קנט ס"ד בדין מי שנתייבמה בטעות לאחר ששמעה שמת בעלה ואח"כ בעלה חזר. הרמ"א (שם) פסק כדעת הטור שמותרת לחזור לבעלה והבי' בבדק הבית צדד בדעת הרי"ף והרמב"ם שאסורה על בעלה, ולכן השמיט מש"כ הטור שמותרת לבעלה. ועיין בב"ש בשלשה מקומות מש"כ בזה, בסי' טו ס"ק כג ובסי' יז ס"ק קע ובסי' קנט סק"י, ומבואר בדבריו לשיטת הרא"ש הטור והרמ"א במקום דל"ש לחייב את הראשון בגט, דהיינו במקום שלא קיימת אפשרות שיאמרו גרש ראשון ונשא שני ואשת איש יוצאת בלא גט,

אצלם כנתינת קידושין וזה פשוט אצלם, ונתרצו בכך ראובן ואבי הנערה והיא בוגרת והביאה לפניהם ונתן לה ראובן טבעת בפני כל המסובים לימים נתחדשו ביניהם סבות והלכה ונשאת לשמעון בלי שנתן לה ראובן גט הודיעני אם נתן עכשיו ראשון גט אם היא מותרת לשני דחשבינן לה כאנוסה ומותרת היא לראשון וכיון שהיא מותרת לבעל כך מותרת לבעל או שנאמר שתצא מזה ומזה.

והשיב הרשב"א - "אשה זו מקודשת גמורה היא לראשון, ואם נשאת לאחר תצא מזה ומזה וכל הדרכים הללו בה. ואם תאמר אנוסה היא, שלא ידעה שתהא אסורה להנשא. הא ליתא, דהוה לה למידק וכל דלא דייקא תצא מזה ומזה כדאיתא בפרק האשה רבה, ומשום דלא דייקא ואיניסיבא, לא אמרינן אנוסה היא זו. ואם תאמר א"כ מיכל בת שאול איך הותרה לדוד, זו אינה דומה לזו, דהתם אנוסה גמורה היתה שאנסה שאול והשיאה לפלטי והיא על כרחיה נבעלה וכענין אסתר אצל אחשורוש. אי נמי התם טעות גמור של הוראה היא שהורו לה בבית דינו של שאול דמלוה ופרוטה דדעתו אמלוה, ועל הוראה זו נסמכה וטעות כזה כאונס הוא. אבל זה אי זה אונס היה שתסמוך עליו לינשא, א"כ כל הנשים שזינו נתיר ונאמר סבורה היתה שאינה אסורה בכך, וזה דבר ברור."

תשובת הרשב"א הובאה בקצרה בבית יוסף באה"ע סוף סי' יז, וכן פסק הרמ"א בסי' יז סעיף נח - "אשה שנתקדשה וטעתה וסברה שלא נתקדשה ונשאת לאחר תצא מזה ומזה, וכל הדרכים הנ"ל בה, אבל אנוסה להנשא או שהורו לה בית דין בטעות ונשאת על פיהם, הוי כאנוסה ומותרת לבעלה."

בתשובת הרשב"א יש מקום לברר שתי נקודות. ראשית האם הרשב"א קבע שהאיסור לחזור לבעלה הראשון או לשני לאחר שיגרש ראשון, הוא מדאורייתא מחמת שדעתו שדינה כמזידה, או שדינה מעיקר הדין כאנוסה, אלא מחמת קנסא נאסרה מדרבנן דהוה לה למידק. ומתוך בירור שאלה זו יש לברר מהו הכלל בהלכה זו ובאיזה מקרים אסורה.

לשון הרשב"א עצמו אינו מוכרע, בתחילה הזכיר הענין דהוה לה למידק דומיא דהמבואר בפרק האשה רבה, והתם מדרבנן נאסרה משום דלא דייקא. ואילו מלשונו בהמשך דבריו משמע שמעיקר הדין אינה בגדר אנוסה שהרי כתב - "אבל זה אי זה אונס היה שתסמוך עליו לינשא, א"כ כל הנשים שזינו נתיר ונאמר סבורה היתה שאינה אסורה בכך".

ומצינו שתי דרכים באחרונים בביאור דעת הרשב"א. הגרע"א בתשובה ח"א סי' רז נקט בפשיטות בדעת הרשב"א דהאיסור מדרבנן, ומתוך כך הקשה על הרשב"א שהביא את העובדא של מיכל בת שאול, דשמא עדיין לא נגזרה גזירה זו בימי דוד.

ולפי זה, שכל דינו של הרשב"א נובע מכח הסוגיא במסכת יבמות פרק עשירי, הרי שלפי מש"כ לעיל בנ"ד אין מקום להחמיר מכח תשובת הרשב"א מאחר והאשה נשאה לנכרי.

וכגון ביבם, בכה"ג בשוגגת אין מקום לאסרה מדרבנן על הראשון, ולדעת הרי"ף ומסקנת הב"י אף בכה"ג קנסוה. (אמנם מש"כ הב"י בדעת הרמב"ם כרי"ף תמוה, דהרי הרמב"ם סובר כהרא"ש, וכמו שהובא לעיל, ועיין באוצר הפוסקים סי' יז ס"ק תכ דף נט: ד"ה והנה שהרבה אחרונים תמיהו על הב"י בזה).

נחזור לנידון דידן, אילו לאחר שהאשה עזבה את בעלה בגירושי ערכאות ללא ג"פ כדמו"י היתה נשאת בשגגה לישראל אחר, היה מקום לומר דאמנם מדאורייתא מותרת לבעלה הראשון משום שהיא שוגגת או אנוסה, אך אסורה מדרבנן.

לשיטת רש"י הרמב"ם והרא"ש, היה מקום לחייבה בגט הן מהראשון והן מהשני ונאסרה על הראשון משום מחזיר גרושתו. וכן לשיטת הרי"ף וסיעתו היתה נאסרת על בעלה הראשון מטעם שקנסוה דעבדא איסורא, וקנסו אף בשוגג. וכ"כ בשו"ת חבלים בנעימים חלק ה' סי' כה (הובא באוצר הפוסקים סי' יז ס"ק תמה אות ג'). עיי"ש שדן באשה שנשאה בחו"ק ונפרדה בערכאות בלבד, ומאחר והאשה היתה רחוקה מתורה ומצוות סברה שדי בפירוד בערכאות להתירה לעלמא, ולאחר הפירוד בערכאות נשאה בחו"ק לישראל. בתשובת חבלים בנעימים העלה דאמנם יתכן לדונה כשוגגת אך עכ"פ מסקנתו שלא להתירה לבעלה הראשון וכמבואר לעיל.

אך בנידון דידן שהאשה הלכה ונשאה לנכרי, הרי לשיטת רש"י הרמב"ם הרא"ש והטור, והרמ"א בסי' קנט שהכריע כוותיהו, האי קנסא דקנסו באשה שהלך בעלה המבואר בריש פרק האשה רבה אינו שייך בנכרי. דאין לחוש שיאמרו אשת איש יוצאת בלא גט, לאחר שתצא מהשני הנכרי שאינו בתורת קידושין. ומאחר שאינה מקבלת גט לא מהראשון ולא מהשני, אין לאסרה על הראשון משום מחזיר גרושתו.

ולכן מאחר ובאיסור דרבנן עסקינן, ולכמה מגדולי הראשונים והכרעת הרמ"א ל"ש איסור זה בנדון דידן, אין מקום להחמיר עליה.

מה עוד, שאף לשיטת הרי"ף יש לדון טובא, אי שייך האי קנסא בנשאת לנכרי.

ועוד יתכן שלשיטה זו רק בכה"ג שהתירוה להנשא וסמכו על כך שתידוק קנסוה והחמירו עליה בסופה, משא"כ באונס כה"ג דנ"ד, וע"ע בספר בני אהובה הלכות אישות פרק כד ה"כ (דף עט: ד"ה והנה שוגג) ובשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' יג (אות ב'-ג').

וכאן המקום לברר את תשובת הרשב"א שהובא ברמ"א בסוף סי' יז.

הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף וקפט נשאל - "אשה אחת היתה משודכת לראובן וראובן זה סעד בבית חמיו ובקש ממנו שיושיב המשודכת שלו עמהן בשלחן ולא רצה חמיו להושיבה עמהם עד שיתן לה טבעת. ונתינת טבעת

אחת מראיות המהרי"ק לדינו הוא מאסתר המלכה שנאסרה על בעלה, וכמו שדרשו רז"ל את הפסוק "כאשר אבדתי אבדתי". ושם הרי מרדכי בעלה שלח את אסתר מרצונו אל המלך ואפ"ה סבר המהרי"ק שיש לדון את אסתר כמי שמעלה בו מעל ולכן נאסרה על בעלה.

אמנם בשו"ת בנין ציון סי' קנד הקשה על דברים אלו שכתב המהרי"ק, וז"ל הבנין ציון - "וביותר יקשה גבי מרדכי, שהוא עצמו ציווה לה לבא אל המלך נגד רצונה, והיאך תחשב שמעלה בבעלה".

אך סברת המהרי"ק מבוארת באור שמח פ"כ מסנהדרין וז"ל - "אע"פ שהיה ברצון מרדכי, בכל זה באישות שגודרת אותה מאחרים אם מעלה מעל וברצון, יהיה מסיבה המותרת, כיון שרצונה היה להבעל לאחר, א"כ יכול היות דאע"ג דבכל מקום אונס קרי לה, כאן נחשב לרצון, לענין המעל שמעלה באישות בעלה המגדירה מבעילות אחרים".

לעומת זאת, בשו"ת מהרי"א ז' ססי' כז כתב בפשיטות - "אפילו יודעת שנבעלת לאחר, כיון דלדעת בעלה עושה, וסוברת שהוא דבר מותר, אונס גמור הוא אפילו לדעת מהרי"ק, דלא קרינן בה ומעלה מעל, שהרי עשתה רצון בעלה ... מעילה היא הפרת ברית ועובר בשאט נפש על מה שהתחייב לזולתו, דוק ותמצא שכן הוא" עכ"ל.

לכאורה נראה שנידון דידן תלוי במחלוקת זו. לדעת האור שמח יש לאסרה אליבא דמהרי"ק, ולדעת מהרי"א ז' עניול יש להתירה. אך מדברי המהרי"ק בראייתו מאסתר יש לפקפק ולדון אם מהרי"ק גופיה יסכים למש"כ המהרי"א ז' בדעתו.

דעת האגרות משה כשיטת המהרי"א ז'. בחלק אה"ע ח"ד ססי' מד נשאל האג"מ אודות עובדא בישא שאחד הביא את חבירו לביתו וציווה על אשתו שתזנה עמו, וכתב - "יש לעיין דאולי ליכא בזנות כזו מעילה בבעלה, מאחר שמה שזינתה היה זה כדי לעשות רצון בעלה, שליכא בזה טעם מהרי"ק ... הא אפשר שאשה תטעה לומר שברשות בעלה מותר לזנות, ואז נמצא דאין לאסרה. דמצד איסור התורה מקרא דאחרי אשר הוטמאה היא שוגגת, ומצד מעילה בבעלה, כיון דהוא מסר לה להבעל לזנות ליכא מעילה בבעלה", עכ"ל.

הרי שנקט כדבר פשוט שבכ"ג שבעלה מצוה עליה אין כאן מעילה בו, אך האגרות משה לא העיר שבמהרי"ק גופא משמע להיפך.

וע"ע באג"מ במש"כ לחלק בין רשות שנתן הבעל ובין ציווי הבעל.

אך הגרי"ש אלישיב שליט"א בספר קובץ תשובות ח"א סי' קצב השיג על סברת האגרות משה וכתב - "עצם החילוק לא ברור כלל, ובפשוטו מ"ש בתורה "ומעלה בו מעל", ותמעל מעל באישה" הכוונה מעילה ביסוד ושורש הקידושין "דאסר לה אכו"ע כהקדש, והרי את מקודשת לי כלומר להיות מקודשת לעולם בשבילי" (גמ' ותוס' קידושין ב'). ואין שום הבדל בין אם הבעל מיוזמתו הוא נותן לה רשות לזנות לבין אם הוא נעתר להסכים לבקשת אשתו, ואכמ"ל".

אך בתשובת הגר"ח מואלאזין ז"ל (שהדפסה בספר חוט המשולש סי' יג וכן בספר בית הלוי בסוף חלק ראשון) הבין בדעת הרשב"א בתשובה והרמ"א (בסוף סי' יז) שבטענתה וסברה שאינה מקודשת אסורה לבעלה מהתורה. אלא שחלק גדול מתשובת הגר"ח מואלאזין ז"ל שם חסרה, וקשה לעמוד על סברתו. וכפי הנראה סבר בדעת הרשב"א דאומרת מותר באיסור אשת איש דינה כמזידה, ולכן הרשב"א סיים דא"כ כל הנשים שזינו יהיו מותרות, והיינו דמכח סברא זו מוכח, דאומרת מותר נידונת כמזידה.

וגם לשיטת הגר"ח עדיין יש לדון שנידון דידן עדיף וכמו שמצינו שיטת הסוברים במסכת שבת דף סח שתינוק שנשבה לבין העכו"ם ומעולם לא שמע מהלכות שבת, שדינו כאנוס, אף אם אחר האומר מותר אינו נידון כאנוס אלא כשווגג.

על כן יש חילוק בין נידון הרשב"א שבו קיימת סברא לדונה כמזידה, מאחר שכל אשה יודעת שמקובל בכל מקום שמעשה כזה של קבלת טבעת הוא מעשה קידושין. משא"כ בנידון דידן, עקב המצב המתמשך של ניתוק מתורה ומצוות ברוסיה וסביבותיה, היהודים ידעו שהם בני העם היהודי בלבד, אך כמעט שלא שמעו דבר מתורה ומצוות ומסורת עם ישראל, ורובם המכריע של הנשים, וכמעט כולן ממש לא למדו ולא יכלו לדעת שבעת הגירושין אין די בפירוד בערכאות וכי נחוץ סידור ג"פ כדמו"י. על כן יש לדונה כאנוסה, ואין מקום לומר דהוה לה למידק.

שיטת המהרי"ק

דברי המהרי"ק (שרש קסז) נסובים על הדין המבואר ברמב"ם שאשת איש שזינתה בשוגג מותרת לבעלה ישראל, וכתב המהרי"ק שיש לחלק בין שני סוגי שוגגה. דוקא בשוגגת כגון שנבעלה לאחר שסברה בטעות שהוא בעלה נידונת כשווגגת. אבל אם היתה שוגגת בעיקר האיסור וסברה שמותר לזנות, אין לה דין שוגגת להתירה לבעלה, ומבאר המהרי"ק - "כיון שהיא מתכוונת למעול מעל באישה ומוזנה תחתיו, דהא לא כתיב איש כי תשטה אשתו ומעלה מעל בה' דלשתמע דוקא במכוונת לאיסור, אלא ומעלה בו מעל כתיב".

וכן פסק להלכה הרמ"א אה"ע בסי' קעח סעיף ג' - "זינתה שסברה שמותר לזנות הוי כמזידה ואסורה לבעלה ישראל".

ויש מקום לדון האם בנידון דידן האשה נחשבת כמי שמעלה מעל בבעלה.

לכאורה י"ל ששוגגה זו באיסור נישואין בלא ג"פ כדמו"י היא כמו ששוגגה באיסור אשת איש, אך נאסרת מאחר שמעלה בבעלה. מאידך יש לומר, בנסיבות שנפרדה מבעלה מרצונו, הרי בכך הסכים שתנשא לאחר, ואין כאן מעילה בבעל כשנשאת לאחר.

ובתחילה יש לברר, מה דינה של אשת איש שלא נפרדה פירוד כלשהוא מבעלה ונבעלה לאחר בהסכמת הבעל, אך היתה שוגגת בעצם האיסור.

שאשת איש סברה שמותר לזנות, "אבל כשסברה שהוא אינו אישה, לא מעלה בו מעל, וראויה להיות מותרת מהתורה, אלא שחכמים החמירו בה משום דהו"ל למידק או כדי שתידוק". (וכפי הנראה דבריו נאמרו על פי דרך הנוקטת בביאור תשובת הרשב"א דמכח חומרא דרבנן אתינן, וס"ל דשייכת סברא זו, גם אם אין סברא לאסרה מהתורה).

ועיי"ש בתשובת עזרת כהן שהעלה שדי אם נחמיר במקום שידוע לנו על קידושי תורה, ולא במקום שעצם הקידושין לא התבררו ורק מחומרא חיישינן להם.

בשולי הדברים יש לציין, שכל דברינו היו אליבא דשיטת מהרי"ק, וכתבנו לדון בשיטה זו מאחר וסוגיא דעלמא לפסוק כמהרי"ק, וכמו שפסק הרמ"א בסי' קעח ס"ג. אך מצינו כמה אחרונים שדחו את חידושו של מהרי"ק, ולדבריהם מעיקרא אין לחוש במקרה שהאשה שוגגת למרות שקיימת הסברא שהאשה מעלה מעל בבעלה. - עיין בספר בית לחם יהודה (למהר"י עייש) בפרק כד מהלכות אישות הובא בשו"ת חיים שאל סי' מח, ובשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע סי' צד, וכן הגאון בעל חלקת יואב האריך לחלוק על מהרי"ק בתשובה שבספר חלקת יואב (במהדורה ש"ל לאחרונה) כרך ב' סי' נו, ואכמ"ל בזה.

סניף נוסף להיתר בנידון שלפנינו, ניתן למצוא בדברי החת"ס והברכת שמואל שהבאנו בתחילת דברינו, דס"ל בדעת ר"ת דאשה שזינתה עם גוי אמנם אסורה לבעלה, אך גדר האיסור הינו רק מפני שמעלה מעל בבעלה, ובלא"ה אין לאסור מכיון שאין לביאה זו גדר של גילוי עריות. ולפי"ז לאחר שהעלנו שדינו של מהרי"ק לאסור מדין ומעלה בו מעל אינו קיים בנידון דידן, י"ל דה"ה אין לאסרה על בעלה לשיטת ר"ת, אף לדעת הסוברים שר"ת התירה רק לבעול ואסרה על בעלה.

ויש מקום לסייע לסברת ר"ת שאין כאן ביאה של גילוי עריות משיטת הרמב"ן ובעל המאור בסוף פרק שמיני בסנהדרין שכתבו שאשת איש שזינתה עם גוי אינה חייבת מיתה, וע"כ הטעם דס"ל דאין כאן גדר של גילוי עריות, וכן מבואר בדברי הריטב"א עמ"ס כתובות דף ג: שהבאנו בתחילת דברינו. ולשיטתם צ"ל שהאיסור לבעלה, יתפרש כמ"ש החת"ס והברכת שמואל, דהיינו מכיון שמעלה מעל בעלה, וממילא יש מקום להקל בפשיטות בנידון דידן.

בסיום הדברים נוסיף ונציין כי לאחר בירור בבית הדין, אותו אדם שסדר את החו"ק בזמנו, הינו עם הארץ שאינו בקיא בהלכה, וכפי שהיה מצוי בזמנו ברוסיה שאותם שתפסו תפקידים בקהילות היו בורים וע"ה. ועיוין בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קיא שכתב שאם המסדר קידושין מוחזק כמי שאינו יודע דת ודין, חזקת מעשיו מקולקלים, עיי"ש בתשובה זו שנראה שלא קבע מסמרות בזה, אך בתשובת חבלים בנעימים ח"ה סי' כה (הנוכרת לעיל) בסוף דבריו הביא דברי מהרש"ם, ונראה שהבין בדברי מהרש"ם, שנקט סברא זו כסברא ברורה לסמוך עליה להוסיף ספק בקידושין.

נראה שבנידון דידן, לכו"ע אין לאסור לשיטת המהרי"ק (דהיינו אף אם לא נקבל את חידוש המהרי"א עניול והאגרות משה), מכיון שלכו"ע מעילה בבעל תלויה בכוננת האשה, וכמ"ש המהרי"ק בנידונו באשה שסברה שאין איסור לזנות, וז"ל - "אין לנו דין שוגגת להתירה לבעלה כיון שהיא מתכוונת למעול מעל באישה ומזנה תחתיו". וכ"כ הב"ש, דסי' קעח סק"ד כשהביא הב"ש את דינו של מהרי"ק, הביאו הב"ש בקיצור בלשון זו - "כל שהיא מתכוונת למעול בו אסורה".

הרי שאמנם יתכן שאם בעלה ציוה עליה לזנות נאסרת, וכדמוכח מאסרת, דמ"מ האשה מתכוונת למעול בו וברור לה שהיא עושה מעשה מעילה בבעל, אלא שעושה זאת מתוך חשבונות של הצלת הכלל וכדומה. אך בנידון דידן שלא התכוונה למעול בו מכיון שסברה שכבר אינו בעלה, לכו"ע אין כאן "ומעלה בו מעל".

וכן עולה להדיא מדברי הט"ז באה"ע סי' קמג סק"ב באשה שסברה שהגט שקבלה התירה ובאמת אינו מתירה עד שתקיים את התנאי, וכתב הט"ז - "אע"ג דמהרי"ק שורש קסח אוסר בזינתה שסברה שמותר לזנות ורמ"א מביאו בסי' קעח, מ"מ לא דמי לכאן, דהתם האיסור משום שהיא מתכוונת לזנות עכ"פ, כמ"ש מהרי"ק שם, משא"כ כאן שנתכוונה להנשא בהיתר אלא שטעתה בעיקר הדין".

וכן בשו"ת חבלים בנעימים ח"ה סי' כה שדן בעובדא כעין נידון דידן, וכמו שהבאנו לעיל, כתב שאין לאסור מכח דינו של מהרי"ק, וז"ל - "שאני התם שידעה שהיא מזנה תחת בעלה ומעלה בו, משא"כ הכא שלפי דעתה שכבר נפרדו על ידי בית המשפט בנימוסים שלהם ואיננו עוד בעלה לא מעלה בו. וכן כתב ים של שלמה יבמות פ"ג סי' יז, דאם סברה שלא היה לבעלה בה קידושין אפילו נבעלה ברצון הוי כאונס. וכן כתב חלקת מחוקק אה"ע סי' כ' סק"ג ובית שמואל סק"ו דאם על ידי אונס מיתה זנתה אף שהדין הוא שתהרג ולא תעבור, מ"מ אם לא מסרה נפשה מותרת לבעלה. וכ"כ בית מאיר קע"ח דלא שייך בזה ומעלה בו מעל כיון שלא נתכוונה למעול בו והיא אומרת מותר לאו כולו נשי דינא גמירי דבאופן זה הדין שתהרג ומותרת. וכן כתב בבנין ציון סי' קנד וקנה דאם לא כוונה להפר בריתה עם בעלה, לא שייך סברת מהרי"ק, ואם אומרת מותר מותרת לבעלה".

אמנם במה שהביא מהח"מ והב"ש בסי' כ' יש לפקפק, ואין משם ראייה לנידון שלנו. התם האשה אנוסה, אלא שהיתה מחוייבת למסור נפשה, אך אף אם לא מסרה נפשה, אינה נחשבת כעוברת ברצון עקב כך, ואינה נחשבת כמועלת בבעלה מאחר והכל היה באונס ואינו נחשב מעל. אך מסקנת דבריו מסייעת למה שכתבנו.

ובשו"ת עזרת כהן (להראייה קוק ז"ל) סי' מא כתב במקרה שזוג ערך חו"ק רק למראית עין לצורך קבלת אישור לעלות לארץ ולאחר שהאשה סברה שאינה נשואה, הלכה והיתה לאיש אחר. וכתב שם דמהרי"ק כתב דבריו במקרה

וכמו כן העלנו שאין לאוסרה מכח שיטת המהרי"ק ששוגגת שמעלה מעל בבעלה נאסרת, וזאת מכיון שלא היתה כוונה למעול.

ב. כסניף נוסף להיתר האשה לבעלה, יש לצרף את שיטת ר"ת אליבא דהתוס' ישנים ביומא והמאירי שאשה שזינתה עם גוי אינה נאסרת על בעלה. והעלנו שאף לסוברים שר"ת אסרה על בעלה, מ"מ לשיטת החת"ס והברכת שמואל היינו רק מכיון שמעלה בו מעל, ובנידון דידן שלא היתה מעילה בבעלה, אין לאסרה לדעת ר"ת, ויתכן שדעת הרמב"ן, בעל המאור והריטב"א בזה כר"ת.

אך מאחר ולמעשה כבר לא ניתן היום לברר בירור יסודי ולגלות מה טיבו של מסדר החו"ק, לא היה מקום לבסס היתר על כך.

העולה מדברינו -

היתר אשה זו לבעלה בנוי על שתי יסודות -
א. מטעם שיש לדון את האשה כשוגגת מכיון שסברה שפירוד בערכאות מתירה להנשא, ומעולם לא יכלה ללמוד שיש צורך בגט פיטורין כדמו"י.
והעלנו שאין לדון בנדון כזה לאוסרה מדרבנן כדין אשה שהלך בעלה ושמעה שמת ונשאת ואח"כ חזר בעלה.

חלק
חושן משפט

סימן א

מעמדו של בית דין קבוע בעיר

כב מרחשון תשס"א

הבע"ד לרון בזבל"א, ועיין בתו"ט פ"ג דסנהדרין ובגאון צבי סי' י"ג.

וכן פסק בשו"ת הרי בשמים ח"א סי' סא.

ובספר חקקי לב להגאון רבי חיים פאלאגי ז"ל ח"ב סי' ג' הביא מספר עדות ביעקב סי' מא שכתב שאם יש ב"ד קבוע בעיר והוא רוצה להתדיין לפני ב"ד אחרים שאינם דיינים קבועים, אבל הם ראויים להוראה, שומעים לו. וכתב ע"ז הרב חקקי לב - "אלא בעיקר דברי העדות ביעקב צריכא רבה, אם הם דיינים שבעיר שקבלו עליהם בני העיר לרון, וזה החכם אשר ירצה הנתבע אינו מקובל לדיין לרון לכל בני העיר, מה כוחו יפה לכופו שידון לפניו, מאחר דליכא שום עיכוב מלדון בפני הדיינים, לא משום קורבא ולא משום נוגע ואיזה חשדא, כי כן דבריו צריכין אצלי תלמוד".

וע"ע בשו"ת מוהרא"ל (צינץ) סי' כג.

בטעם דינו של הרמ"א, כתב הלבוש (עיר שושן סי' ג' סעיף א'), וז"ל - "אם ישנן דיינים קבועין בעיר לא יוכל לומר לא אדון בפניהם אלא בפני זה בורר לו אחד כו', דאם לא כן כל אחד ידחה חבירו וימשיכנו כדי לישמט מדינו".

ועיין בחזו"א סנהדרין סי' טו סק"ז שבאר את דינו של הרמ"א על פי דרך זו של הלבוש (בלא שראה דבריו), וכתב לבאר הלכה זו בשתי דרכים. בדרך הראשונה כתב שזו תקנה "לגדור בפני עושי עולה, דע"י נתינת רשות לברור דיין מוצאים מקום להשתמט מן הדין שמתארך הזמן עד שיסודרו הדיינים, וגם לפעמים זה פוסל דיינו של זה, ולפעמים בורר שאינו הגון, וקשה לברר שאינו הגון, ובשביל זה תקנת הציבור לברור בית דין הגון ושלא יוכל לדחות לזבל"א". ובדרך השניה כתב החזו"א, שדינו של הרמ"א הוא מעיקר הדין ולא מתקנתא, "ולא מצי למדחי לבית דין אחר קאזילנא, שהרי כל בית דין עושה כמשפט התורה להוציא עשוק מיד עושקו ולמה לן ליתן לו רשות להשתמט".

ביחס למש"כ החזו"א בטעמו הראשון, יש לציין שמצינו בפוסקים בהלכות דיינים, תקנות דומות הבאות למנוע דחיה והשתמטות. במרדכי במסכת סנהדרין סי' תש"ט כתב בשם אור זרוע "כל היכא שיש בעיר מומחה ויודע דין תורה לאמיתו הרי זה דן בעירו בעל כרחו, ל"ש תובע ל"ש נתבע לא מצי למימר נלך לבית הועד או לבית דין הגדול, אלא דן בעירו מפני הרמאין שלא ידחו עצמן מן הדין". מבואר, שאפילו ביטלו את הלכה זו של "בית הועד" ובית דין הגדול, שהוא דינא דגמרא שיוכל לתבוע לקיים שם את הדין תורה, משום החשש שהרמאים ישתמטו מלקיים דין תורה

בפני בית הדין תביעה מטעם הנהלת קריה פלונית בצפת, כנגד כמה ממתפללי בית הכנסת פלוני.

התובעים טענו שמקום הדין צריך להיות בבית הדין האזורי בצפת שהוא בית הדין הקבוע בעיר, והנתבעים התנגדו. כמו כן נשמעה טענה שאין ביניהם נציגות מוסמכת המייצגת את כלל המתפללים בבית הכנסת.

מקום הדין

הטור חו"מ סי' ג' פסק - "ואלו השלשה דנין לאדם בעל כרחו, בד"א שהנתבע מסרב לירד לדין, או שאינו רוצה לרון עם התובע בעירו, אבל אם רוצה לרון עמו בעירו, אלא שאין חפץ בשלשה שביירר התובע, אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד". וכן פסק מרן הב"י בשו"ע שם.

וכתב על זה הרמ"א - "נ"ל דווקא בדיינים שאינם קבועים, אבל אם דיינים קבועים בעיר, לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר, וכן נוהגין בעירנו".

הרבה פוסקים פסקו בפשיטות כדעת הרמ"א - הלבוש חחו"מ סי' ג' סעיף א', התוספות יו"ט מסכת סנהדרין פרק ג' משנה א', בספר תפארת ישראל על המשניות (שם), בשו"ת הב"ח (הישנות) בסוף סי' נח ובסוף סי' נט, ובשו"ת פנים מאירות ח"ב סי' קנט.

וכן בשו"ת רבי עקיבא איגר מהדו"ת סי' מט (ד"ה וע"ד הדין) כתב בתוך דבריו - "י"ל דזהו רק במסרב שלא לעמוד כלל לדין תורה, אבל לא באומר רוצה אני לעמוד לדין בב"ד אחר, זולת היכי דיש דיינים קבועים, אינו יכול לומר כן".

וכן בשו"ת מור ואהלות חלק חו"מ סי' ב' (ד"ה והנה כתב) כתב בתוך דבריו - "וכ"ת אכתי ל"ל רשות הקהל, הא בלא"ה יכולין לרון בכפיה, דסתם ג' דנין לאדם ע"כ, וא"כ אהני רשות הקהל לפטרו מתשלום וע"ד כן הובררו. די"ל דאהני ברירת הקהל דיכולין לכוף אף כשאין הנתבע מסרב, אלא רוצה לרון בזבל"א, ואפ"ה יכולים לכוף וא"י לומר אדון בזבל"א, וכמ"ש מור"ם גופיה לעיל בסי' ג' דבדיינים קבועים לא יוכל לומר אדון בפניהם אלא בזה בורר ע"ש. וא"כ אם לא הובררו לא היו יכולים לכוף אלא דוקא כשהנתבע מסרב וכמ"ש התוס' והרא"ש. אבל כשאין הנתבע מסרב או אינם יכולים לכוף אלא זבל"א וכו', אבל עכשיו שהובררו מהקהל יכולים לכוף אף כשנתבע אינו מסרב".

וכן מהרש"ם בתשובה ח"ב סי' קלז כתב בתוך דבריו - "לכן אין למערערים שום זכות להזמין את השו"ב לפני ב"ד אחר, כיון שהבי"ד שבעירו אינם מסלקים א"ע מדין זה, וכבר פסק הרמ"א סי' ג' ס"א שבדיינים קבועים אין ביד

ענין ב"ד קבוע, וכתבתי במקום אחר דכל אדם השייך לאיזה קהילה בכל העניינים, ובקהילה הזאת איכא ב"ד קבוע, לדלדידי נחשב ב"ד קבוע ואין צריך לדון בזבל"א. וגם אם איכא בעיר ב"ד מצורף מכמה קהילות, והם דנים לפי דיני חו"מ ונוהרים בכל הדברים אשר דיינים צריכים להזהר, דינם כב"ד קבוע בעיר.

ושנית, בענין זבל"א הלא כבר כתב הרא"ש והטור סי' י"ג אסור לו להגזים ולשקר וכמש"כ שם דאיזה חסרי דעת חושבים שהדיין (הנברר) יש לו להפוך בזכות מי שבררו ועומד במקומו להפוך דברים אשר לא כדין ונהגו כמה אנשים לברור להם דיין בעל תחבולות וכו', והרא"ש והטור שפכו מרורות ע"ז דה"ז בכלל מטה משפט. ובוה"ז חושבים שע"י הזבל"א ניתן רשות לבעלי התחבולות להפוך דברי אלקים חיים, וכי ע"ז חשבו חז"ל בסנהדרין כ"ג כשאמרו זבל"א וזבל"א.

ושלישית הלא זקני הגאון פנים מאירות ח"ב סי' קנ"ט צווח על המנהג הרע שהדנים בזבל"א שכל אחד מבע"ד מסדר טענותיו לפני הדיין שלו ונותנים לו שכר ע"ז וכל מעיינו אז איך להטעות את בעל דינו שכנגדו. אלא שבספר ערוך השולחן למד זכות בענין סדור טענותיו לפני הדיין שכיון שב' הצדדים עושים כן א"כ על מנת כן נכנסו לדין וקבלו עליה.

ולפ"ז תינח אם שניהם מסכימים לזה אבל אם צד אחד בשום אופן אינו רוצה להסכים לדרך קלוקל זה, ורוצה בב"ד שלא ישמע תחלה הטענות ולא יהי' משוחד משום צד, פשיטא דא"א לכפות אדם על זה, ומה שמשמע ברמ"א דזבל"א עדיף מבי"ד שאינו קבוע היינו זבל"א שאין לו פגם זה, מה שאינו שכיח כלל, ומכ"ש דידוע שהזבל"א משנה ומטעה הרבה פעמים בידועים. עכ"ל תשובת שבט הלוי ובסי' ש' כתב שבט הלוי - "בעו"ה הרבה מאד מעניני זבל"א ובוררים שנעשו היום הם היפך דע"ת והיפך יסוד כוונת חז"ל בתקנת זבל"א עפ"י המתבאר ברש"י ורא"ש ריש פרק זה בורר שכתב הרא"ש, הדיין עצמו חלילה לו למצא סברא לזכותו אם לו שיראה לו דין גמור, אבל אם יכול להטעות את חבריו לקבל סברתו אע"פ שהוא מסופק בה ה"ז בכלל מטה משפט וכו', ובטור חו"מ סי' י"ג, וכתבתי מזה גם בשבט הלוי ח"ז, וכבר ראיתי מה שמובא בזה בשם הגאון כנסת יחזקאל בתשובת אור נעלם סי' מ"ג, ובעו"ה מאז ירד הדור עוד פלאים והרבה מאד מדיוני הזבל"א מיוסדים על דברי שוא ושקר, ומתפכים דברי אלקים חיים ע"י נגיעות ובצע כסף". עכ"ל.

ויש להוסיף בזה, - הדין המבואר ברמ"א, שאין אדם רשאי לסרב לירד לדין בפני ב"ד הקבוע בעיר, יסודו מדין המחווה אנשי העיר עליהם, כפי שמציין הרמ"א לעיין בסי' כ"ב סוף ס"א, ושם ברמ"א - "רבים שהמחו עליהם דיינים דלא גמירי אין בעלי דינים יכולים לעכב". ומבואר ברמ"א שאין נפקא מינה אם הדיינים הקבועים הם גמירי או לא

באמתלאות אלו. וכן מצינו ברמ"א חו"מ סי' ה' סעיף ב' שאין דוחים דיון למועד מאוחר מהזמנים הקבועים בש"ס שאין דנים בהם, ניסן ותשרי, אם רואים שיש בזה "דחייה ורמאות", ועיי"ש בביאור הגר"א שהביא לכך מקור בש"ס.

הרי שמדברי המרדכי והרמ"א עולה, שאפילו דינא דגמרא נדחה במקום שיש חשש השתמטות מלעמוד בדין תורה.

והנה בספר ערוך השולחן חו"מ סי' ג' סעיף ב' לאחר שפסק כדברי הרמ"א, הוסיף שם - "ומה שאין מוחין עתה, כשאחד אינו רוצה בדיינים הקבועים מהעיר, מפני שאין ביכולתו להעמיד משפטי הדת על תלה, והבע"ד עתיד ליתן את הדין לפני יודע תעלומות, אם אין הצדק אתו בזה".

אך הדבר פשוט שדברי הערוך השולחן לא נאמרו במקום שבית הדין נוכח לדעת שכל מגמת תביעת הנתבע לדון בזבל"א היא למשוך את הזמן ולהתחמק מקיום דין תורה. ובוה חזרנו לעיקר דינו של הרמ"א, ומוטל על בית הדין לעשות את המוטל עליו על מנת להעמיד את משפטי הדת על תילה, ולהלן כתבנו טעם נוסף לשלול טענת זבל"א.

העולה מדברינו - גדולי הפוסקים נקטו בפשיטות כפסק הרמ"א בסי' ג', ולכן הנתבעים מחוייבים להופיע לדין בבית הדין הקבוע בעיר צפת.

אמנם בשו"ת אגרות משה חלק חו"מ ח"ב סימן ג' כתב - "הא דכתב הרמ"א דאם דיינים קבועים בעיר לא יכול לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר, היה זה רק בעיירות שבמדינותינו שהיו מתמנים מהעיר, שאף הרב האב"ד לבדו נמי היה יכול לכופו מאחר שקבלוהו, אבל בנוא יארק ליכא דיינים קבועים שנתמנו מהעיר, ובפרט שאיכא עוד אגודות וחבורות של רבנים, שליכא אף מינוי מכל הרבנים שבעיר, ולכן כשרוצה אחד מהן בזבל"א מוכרחין לילך בזבל"א דוקא".

אך עיין בשו"ת שבט הלוי חלק ט' סי' רפה שכתב הלכה למעשה דלא כפסק האגרות משה בזה, ועיי"ש שפסק אודות בית הדין שהוקם ב"קרית ספר", שחובה על אנשי המקום להדיין בפניהם מאחר שהם קבועים במקום וקבלום עליהם, ולא ניתן לטעון שאינם מסכימים לקיים דין תורה בפניהם.

ובתשובה אחרת בחלק ח' סי' שב כתב שבט הלוי - "הנה כבודך שאל אותי לנמק בכתב טעם סברתי שאם הנתבע רוצה לפני ב"ד של שלשה ת"ח מקובלים על הבריות, והתובע רוצה דוקא בזבל"א, דדעתי העניה שהדין עם הנתבע, אמנם יש מפקפקים, מהא דמבואר ברמ"א חו"מ סי' ג' דהיכא דישי ב"ד קבוע אין לדון בזבל"א, וא"כ בזה"ז שאין ב"ד קבוע בפרט במדינתכם, א"כ יכוף התובע לנתבע לדון בזבל"א.

הנה אין זמן להאריך, וטעמי פשוט. חדא, דלפי ענ"ד גם בזה"ז איכא ב"ד קבוע, דלא כאיזה מחברים שבטלו לגמרי

נציגים שייצגו אותם בדיון, שהרי לא יתכן שהתובע יאלץ לקיים דין תורה בנפרד עם כל אחד ואחד, מה עוד שעיקרה של התביעה בנדין שלפנינו היא תביעה כללית ביחס לכלל המתפללים. והדברים ק"ו, אם תקנו תקנות להעמיד את הדין שלא יוכלו להשתמש מדין תורה, פשיטא שיש להורות כך, כדי שלא יתבטל דין תורה בטענה שכל אחד מבקש לקיים דיון עמו בנפרד, כשם שלא מצינו בדין תורה כנגד עירייה, שיכול כל אחד מבני העיר לבקש להיות צד לדיון בטענה שהענין נוגע לו, ופשיטא שרק נציגי הציבור הנבחרים, יוכלו לייצג את כלל בני העיר.

במקרה שבפנינו, כתבנו שהנתבעים יבחרו שלשה נציגים, היינו עפ"י המבואר בירושלמי מסכת מגילה פרק ג' - "שלשה מבית הכנסת כבית הכנסת" וכתב הרשב"א בתשובה חלק ג' סי' תכח, וז"ל - "שהצבור כשותפין הם בכל העניינים המוטלין על הצבור ובכל המנויין הצריכין לצבור, כנאמנים וגובי המס ושלוחי הצבור, וכל כיוצא בהם ... אלא א"כ הם אנשים ממונים בכלל על עניני הצבור, והם קרואים בדברי חכמים שבעה טובי העיר, שאמרו שהם כאנשי העיר. וכן שלשה מבית הכנסת, שהם כאנשי הכנסת, וכמו שאמרו בירושלמי מסכת מגילה. אבל אנשים אחרים, בלא הסכמת הצבור, לא". וע"ע בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' נט, ואכמ"ל בזה.

ועיין בחו"א ב"ב סי' ד' ס"ק טו שכתב - "בכרך גדול נראה דבוררים יחידים מכל בית כנסת, והנבררין מכל בתי כנסיות יש להם דין בני העיר".

אותם שלשה נציגים יבחרו על ידי רוב המתפללים וכמבואר ברמ"א חו"מ סי' קסג סעיף א ברמ"א, ועיי"ש בפת"ש סק"א שכתב בשם החת"ס שאם יבקשו הסכמת כולם, לא יגמר שום ענין ויגרם מזה השחתת הכלל.

גמירי, מאחר שכוחם נובע מהיותם קבועים בעיר, מכוח שהציבור קבלם עליהם להיות דיינים, ועל כן אין היחיד יכול לסרב. יתירה מזו כתב בספר תפארת ישראל על המשניות (סנהדרין פ"ג מ"א) - "מיהו בבית דין קבוע בעיר, אפילו כל השלשה יושבי קרנות, אינו יכול לברור לו דיון אחר, מדהמחום רבים עליהם שלשה".

לפי זה, בית הדין האזורי בצפת, הממונה מטעם הרבנות ונציגי כלל הציבור בארץ, ומלבד זאת בענייני נישואין וגירושים יש לו את הסמכות הבלעדית, הן על פי חוק והן על פי המנהג מקדמת דנא, ולא שמענו עירעור על כך, כוחו כבית דין קבוע, ועדיף טפי מבית הדין שהזכיר האגרות משה, ובכל מקרה יש לו עדיפות על פני בית דין הקבוע בעיר אחרת, או על בי"ד של זבל"א ומהטעם המבואר בספר שבט הלוי כאמור לעיל.

ריבוי נתבעים

בנדין שלפנינו, התביעה מתייחסת למספר גדול של נתבעים, ולכאורה כל אחד יכול לטעון שהדין תורה יתקיים עמו בנפרד, וטענות חבריו אינן מחייבות אותו. ואמנם בשו"ע חו"מ סי' יז סעיף ד' פסק - "אם (התובעים רבים) והנתבע אומר אני חפץ שישבו אוהבי וקרובי אצלי כשאני טוען עמכם כדי שלא יסתמו טענותי, כי אתם הרבים, הדין עמו. (לכן) השותפים יבררו להם אחד מהם לטעון בשביל כולם, או יטעון כל אחד לעצמו זה אחר זה וגם הנתבע לא יקח אוהביו אצלו". ועיי"ש בסמ"ע סק"ט, ומבואר שלא ניתן למנוע מכל אחד מהשותפים להשתתף בדיון, לבדו או עם כולם יחד.

אך בעניין שלפנינו הנידון הוא בציבור של מתפללי בית הכנסת, שהם קהל העומד בפני עצמו, עליהם למנות שלשה

סימן ב

הכרעת הדין עפ"י הרוב בבוררות

תשרי תשנ"ד

בסכום נמוך בהרבה מסכום התביעה, והסכום נקבע ע"י אותו דיון כפשרה. לעומת זאת שני הדיינים האחרים קבעו מצד הדין לחייב את הנתבע בכל הסכום, אך בתורת פשרה קבעו שלא לחייבו בהפרשי ההצמדה למרות שהעסקה נקבעה בדולרים.

יש לדון האם במקרה זה ניתן לפסוק כדעת הרוב, או שיש לחייבו רק בסכום הנמוך שעליו קיימת הסכמה בין שלושת הדיינים.

במסכת ע"ז דף עב. נאמר גבי מוכר וקונה שלא קבעו בעצמם את מחיר הסחורה אלא תלו את ההחלטה בדעת שלשה אחרים, שיש נ"מ כיצד הדברים נאמרו.

התובע והנתבע הופיעו בביה"ד לדיון תורה בדיני ממונות, וקבלו עליהם את בית הדין שידון בין לדין ובין לפשרה כמקובל, ולהלן נוסח שטר הבוררות שעליו חתמו - "אנחנו הח"מ מקבלים על עצמינו את חברי בית הדין בטבריה לבוררים בסכסוך שלנו, ורשאים לפסוק כפי הנראה להם, בין לדין ובין לפשר, וכל מה שיפסקו מחייב אותנו מבלי להגיש ערעור. והקננו זה לזה והתחייבנו זה לזה ומחלנו זה לזה בכל קנין המועיל מעכשיו ודלא כאסמכתא ובביטול מודעי".

בנוסח השטר נשמט בטעות ענין נוסף שבדרך כלל נכתב בשטרי בוררות, והוא - שביה"ד יוכל להכריע על פי רוב דעות. לאחר שהסתיימו ההליכים וביה"ד פסק את הדין, נחלקו הדעות, אחד הדיינים פסק בדעת מיעוט, לחייב את הנתבע

דבריהם לכאורה צ"ע, וכמו שהקשה הערוך לנר על דברי התוס', וז"ל - "לא ידעתי מאין פשיטא להו להתוס' דפשרה דמי לאמרי בי תלתא ולא לכדשיימי בי תלתא". (הערוך לנר אינו מיישב קושי זה).

ואמנם עיקר דברי התוספות טעונים ביאור, מנין לתוס' שהמבקש משלשה שיפשו בו לבין חברו דומה ל"כדאמרי בי תלתא", לכאורה יש לדון בהתאם ללשונו של הבעל דין כיצד ניסח את דבריו, האם יש משמעות שהכניסם בגדרי בי"ד ויש לדון עפ"י הרוב.

וע"ע בשו"ת חתם סופר חלק חו"מ סי' טא (ד"ה אמנם) שכתב בתוך דבריו להקשות על דברי הסמ"ע סי' יח סק"י שהזכיר את הסוגיא במסכת ע"ז כמקור לדינו של הרשב"א שהובא שם ברמ"א, וכתב החתם סופר - "לפע"ד אין הנידון דומה לראיה, דהתם המוכר התחייב עצמו ותלה תנאו בשלשה וכל תנאי שבממון קיים אם כוונתו כך או כך. אבל פשיטא אי פסקו בית דין שדבר זה ישומו תלתא, אזלינן בתר רוב בכל התורה ומה לי בוררים מקהל או שאר דיינים".

לכאורה קושיא זו יכולה להיות גם על דברי התוספות, כיצד הוציאו דינם מהגמרא בע"ז, דהתם בביאור לישראל דהמוכר והקונה עסקינן, ומנא להו להוציא מתוך סוגיא זו את החילוק העקרוני בין פשרה לדין.

ומצאתי בב"ח בחו"מ סי' רו ד"ה, ואם שמתוך דבריו עולה שהתוספות פרשו את הסוגיא במסכת ע"ז דלא כרש"י ודלא כרמב"ם.

וז"ל הב"ח - "נראה שהחילוק הוא בין דאמר כדשיימו בי תלתא, ובין דאמר כדאמרי בי תלתא, דלישנא כדשיימי משמע שישומו אותו כפי הדין, וכדאמרי משמע שיאמרו דרך פשרה שלא מן הדין. והכי איתא להדיא בתוספות פ"ק דסנהדרין (דף ו') בד"ה ביצוע בג', ובדין אזלינן בתר רובא ובפשרה לא אזלינן בתר רובא עד שיסכימו שלשתן לדעה אחת". עכ"ל הב"ח.

מבואר מדבריו שהתוספות הבינו בפשיטות, שהחילוק בין "כדשיימי" ל"כדאמרי" הוא חילוק בין קביעת דעתם על פי דין לקביעה עפ"י דרך פשרה. והסוגיא במסכת ע"ז נסמכה על הלכה אחרת שהיתה פשוטה, שבפשרה לא אזלינן בתר רובא, ורק בדין ממש הולכים אחר הרוב, ובסוגיא זו מבואר שהקונה והמוכר תלו דעתם באותה הלכה.

העולה מדברינו, לרש"י ולרמב"ם החילוק בין דשיימי ל"כדאמרי" הוא רק מה כוונתו בניסוח דבריו, והשאלה היא האם ניסח את דבריו באופן המשתמע שרוצה דרך קבלת החלטה בגדרי בי"ד המכריעים עפ"י רוב דעות, וכגון שאמר לשון "בי תלתא" לרמב"ם או לשון שומא לרש"י, או כוונתו שיחליטו החלטה המקובלת על כולם בלבד. אבל לשיטת התוס', קיים חילוק עקרוני בין "כדשיימי בי תלתא" שהוא רוצה בשומא, והיינו בשומא עפ"י הדין, לבין "כדאמרי בי תלתא" שהבעל דין אינו מבקש שיקבעו על פי הדין, אלא

נוסח הגמרא אליבא דשיטת הר"ף (במסכת בבא בתרא סוף פרק שביעי) והרמב"ם (פ"ח ממכירה ה"ח, עיי"ש במ"מ) הוא - "אמר ליה כדשיימי בי תלתא אפילו תרי מגו תלתא, כדאמרי תלתא עד דאמרי תלתא". ובהתאם לכך פסק הרמב"ם (שם) - "אמר לו כשאמכרנה לך הרי היא קנויה לך מעכשיו במה שישומו אותה בית דין שלשה, אפילו על פי שנים מהשלשה. אמר לו כמו שאומרים שלשה, עד שיאמרו השלשה". דהיינו הרמב"ם פרש "בי תלתא" כמשמעות של בי"ד של שלשה. מבואר, שעיקר החילוק הוא בין אם הוא הזכיר בית דין או שאמר סתם שלשה. (לדעה זו, החילוק אינו מכח ההבחנה בשנויי הלשון, לשון שומא לעומת לשון אמירה).

הסברא בחילוק זה היא - אם הזכיר בית דין, כוונתו לשלשה המחוייבים לגדרי בית דין, שנאמר בהם "אחרי רבים להטות". רק כשמוכח שאין זו כוונתו, כגון שלא הזכיר בית דין או אמר בית דין של ארבעה ונחית למספר יותר משלשה, הרי שאינו רוצה שההכרעה תהיה עפ"י הרוב.

לעומת זאת, לפי גירסת רש"י נאמר בגמרא כך - "אמר ליה כדשיימי בתלתא אפילו תרי מגו תלתא, כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בתלתא". ומפרש רש"י גבי הרישא - "כיון דנקט לישראל דשומא ונקט תלתא שהם בית דין, סתם לתורת דיינין נחת ... אזלינן בתר רובא". ובסיפא פרש"י - "כדאמרי בי תלתא. לשון זה לאו בתורת דיינין נחת ולאמירת שלשתן נתכוין". דהיינו החילוק בין לשון שומא ללשון אמירה, דלשון שומא משמעו בית דין שבדרך כלל הם אלו העושין את השומא.

וכן הריב"ש סי' רכח, נקט כגרסת רש"י, ופרש - "אי אמר כדשיימי תלתא, אפילו תרי מגו תלתא שהרי כוונתו היתה שיהיו כמו בי"ד".

ובשו"ע חו"מ סי' רו ס"ב פסק כר"ף והרמב"ם. מפשטות הדברים נראה, שאין מחלוקת עקרונית בין הראשונים, אלא כל מקום שקבלו עליהם בלשון המוכיחה שכוונתם לשלשה שידונו בהתאם לכללי בי"ד הולכים אחר הרוב, וכל שמשמעות כוונתם לשלשה בעלמא, בהכרח ששלשתם יכוונו לדעה אחת.

במקום שבו מתוך העניין נראה שכוונת הצדדים לייחס לשלשה מעמד של בית דין, בין לרש"י ובין לרמב"ם אזלינן בתר רובא, וכמ"ש בספר משמרת חיים (להג"ר דוד חיים רגנשברג ז"ל) סי' כז - "בשטרי הבירורין שלפנינו כתוב מפורש, 'איך שבררנו לדיינים ע"ד הדו"ד שיש לנו, ועוד נשנה שם לשון בית דין שלש פעמים. ולית מאן דפליג שבוה הולכין אחר הרוב".

והנה התוספות במסכת סנהדרין דף ו. למדו מסוגיא זו, לבעלי דין שקבלו עליהם שלשה שיעשו ביניהם פשרה, שאין הולכים אחר הרוב. וז"ל התוס' ד"ה ביצוע - "בפשרה לא אזלינן בתר רובא עד שיסכימו שלשתן לדעה אחת כדאמר בע"ז כדשיימי בי תלתא אפילו תרי מגו תלתא כדאמרי בי תלתא עד דאמרי תלתא". וכן כתבו המרדכי והנמוקי יוסף.

ונסתלק אחד מהם" וכו' ומדייק הסמ"ע (סק"כ) דמשמע שאף בנידון כזה שאמרו בין לדין ובין לפשרה אין הולכין אחר הרוב אא"כ קבלו כך במפורש. ולעומת זאת בגיליון ש"ע לרע"א כתב - "והריק"ש כתב ונ"ל דגם אם לא כתבו כן בפירושו, כיון דאמרו בין בדין ובין בפשרה, ופשרה דומיא דדין קבלו עליהם, דהיינו שילכו גם בפשרה אחר הרוב". והובא בפת"ש סק"ו. אלא שדעת מהריק"ש והרע"א אינה מוסכמת, ועיין בשו"ת מנחת יצחק חלק ו' סי' קנח דהוי ספיקא דדינא.

ובעיקר דינו של מהריק"ש, לכאורה הדברים צ"ע אם כשיטת התוספות שבפשרה אין הולכין אחר הרוב מנלן לפרש את דבריו שכוונתו לפשרה דומיא דדין, ולא נאמר להיפך שכוונתו לדין דומיא דפשרה.

ונראה ביאור הדברים, שאין לפרש כפי שבארנו לעיל בדעת התוספות שזו הלכה מיוחדת בהלכות פשרה שלא נאמר בה לילך אחר הרוב. אלא מהריק"ש סבר שמכיון שבקבלו עליהם פשרה עסקינן, מוטל עלינו לפרש מה קבלו עליהם, האם חפצים שילכו אחר הרוב. ולכן אם הזכירו דין ופשר, נראה לפרש שכוונתו שהפשר יהיה עפ"י הרוב כמו הדין.

וע"ע בשו"ת תורת אמת למהר"א ששון סי' לא שכתב בדעת הרשב"א שאם העשרה נבררו כדיינים ופשרנים גם הרשב"א מודה דאזלינן בתר רובא, והדברים מתבארים כנ"ל. לפי זה לכאורה יש לדון, הדיון בתוס' הוא כשהלכו לשלשה אנשים בעלמא שיפשו ביניהם, אבל כשבאו לבי"ד קבוע שבדרך כלל מוטל עליו לפסוק עפ"י הרוב, יתכן שבסתמא יש לפרש כוונתם, שגם אם בקשו רק פשרה כוונתם שיפשו עפ"י הרוב.

מלבד האמור, בכל הנוגע לנידון דנן יש לציין מש"כ בשו"ת דברי מלכיאל חלק ה' סי' רל - "בפשרה קרובה לד"ת נראה שאם מחולקים הנבררים בדין ולזה רוצה כל אחד פשר שהוא קרוב לדין לפי דעתו, אזי ודאי שצריך לילך אחר הרוב כמש"ל, דבדין קיי"ל אחרי רבים להטות וזה גופא הוא דין, וממילא יעשו הפשרה קרוב לדין זה".

וה"ה בנדון דידן לשיטת הדברי מלכיאל, מכיון שהפשרה נקבעה לאחר שנחלקו בדין עצמו וקבעו פשרה קרובה לדין, אף בלא כל האמור לעיל, יש ללכת אחר הרוב.

מסקנת הדברים -

לשיטת התוס' בפשרה אין הולכים אחר הרוב, ומקור הלכה זו בסוגיא במסכת עבודה זרה (דף עב.). העלנו שלהלכה זו אין הכרח בגמרא לדעת הרבה ראשונים שפירשו את הסוגיא בדרך אחרת מהתוס' ולכאורה נראה דלא סבירא להו כן. ואמנם בספר שער המשפט כתב שלדעת החולקים על תוס' אזלינן בתר רובא. וכמו כן אין הכרח שהשו"ע פסק כתוס'.

יאמרו פשרה שלא מן הדין. כלומר החילוק בין שיימי' לאמרי' הוא חילוק מהותי, מה תפקידם של אותם שלושה, האם מוטל עליהם לקבוע את הדין או לקבוע פשרה. אליבא דשיטת התוס' כל הסוגיא בע"ז בנויה על ההנחה שאם בפשרה עסקינן אין הולכין אחר הרוב, דלענין זה אין מקישינן פשרה לדין.

נראה שהתוס' סברו דמש"כ רש"י בסוגיא בע"ז נקט לישנא דשומא ונקט תלתא שהן בית דין סתם לתורת דיינין נחת, ואפילו תרי מגו תלתא שמין", "כדאמרי בי תלתא לשון זה לאו בתורת דיינין נחת ולאמירת שלשתן נתכוין". כוונת רש"י "תורת דיינין", היינו שידונו כפי הדין, ולא תורת דיינין, היינו שיפסקו לא כפי הדין אלא בדרך פשרה. אף שלכאורה פשוט לשון רש"י מורה שכל הנ"מ בתורת דיינין היא רק ביחס לדרך ההחלטה.

ובעיקר דברי התוס' יש לדון, לכאורה לא שייכת פשרה בנידון שבסוגיא במסכת ע"ז, אלא רק שומא. באותו נידון העניין אינו תלוי כלל בטענות ובשיקול הדעת להכריע בין הטענות, אלא הכל תלוי בהערכה ושומא מה שווי החפץ הנמכר. ויתכן דמהאי טעמא נטו שאר הראשונים מפירושו זה.

להלכה, השו"ע פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם, ולשיטה זו אין הכרח מהסוגיא בע"ז לדינם של התוס', ויתכן שמטעם זה בשו"ע בסי' יב סי"ח שהובאה הלכה זו מהתוס' בסנהדרין כתב הדין בלשון יש אומרים, למרות שלא נמצא מי שיחלוק במפורש על הלכה זו. וכן יש לדקדק מלשון השו"ע שלא כתב הלכה זו כהלכה כללית בכל פשרה, אלא רק אם רבים הם הפשרנים, דהיינו ביותר משלשה, דבכה"ג אין הכרח ששאר הראשונים יחלקו על התוס'.

מכל האמור יש להסיק - אמנם לשיטת התוס' המרדכי והנמוקי יוסף, בשלשה שישבו לפשרה אין ללכת אחר הרוב, אך לשיטת הרי"ף הרמב"ם הטור והשו"ע סי' רו (עיי"ש בסמ"ע סק"ה), אין מקום להלכה זו, ואין הכרח שהשו"ע בסי' יב פסק כשיטת התוס' גם בשלשה.

וכן בשער משפט סי' יב סק"ו כתב - "לשיטת הרמב"ם כשאומר שהוא סומך עצמו על פשרת הבי"ד, פשיטא דהולכים בו אחר הרוב דומיא כשאמר כדשיימי בי תלתא. אך אף שלא אמר כלום, רק שהיו לפני הבי"ד ואמרו להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו ואמרו פשרה בעינא, י"ל שסמך עצמו על הרוב כדרך בי"ד, ולא דמי לההיא דסי' רו שאמר בפ"י כדאמרי תלתא משמע שישכימו כלם, משא"כ כשאמר סתם שסומך את עצמו על הפשרה מהיכי תיתי נאמר שלא סמך את עצמו על הרוב".

בנידון שבפנינו הצדדים קבלו את בית הדין שידון בין לדין ובין לפשר, ומצינו בזה שנחלקו האחרונים במי שקבל שלשה שידונו בין לדין ובין לפשר אם אזלינן בתר רובא.

בשו"ע סי' יג ס"ז הביא להלכה את תשובת הרשב"א - "אם ביררו להם עשרה אנשים שידונו להם בין לדין ובין בפשרה ושאל לא יסכימו לדעה אחת ילכו אחר הרוב

ללכת אחר הרוב בנידון דידן. על כן בצרוף כל הנ"ל נראה שיש לפסוק בנידון זה בהתאם לדעת הרוב.

בנידון שלפנינו שהצדדים קבלו את בית הדין בין לדין ובין לפשר, נחלקו אחרונים אם אליבא דהתוס' אולינן בתר רובא, וכתבנו סברא שבבי"ד קבוע יש לומר שגם התוס' מודים. ובנוסף לכך מצטרפת סברת הדברי מלכיאל שיש

סימן ג

דחיית טענות הנתבע המבקש שלא לחתום על שטר בוררות ושלא להופיע לדיון

יהיה בשני מוכרח לקיים ... והשני השיב אין ברצוני לעשות בטוחות ואיני מבקש ממך בטוחות, רק נדון כן ואם אתחייב אקיים גם בלי הכרח. ובעיני היה ג"כ קרוב לשמוע שאם יתחייב הראשון בדינו ולא יהיה תוקף עפ"י דיניהם, לא יאבה לשמוע."

בתשובתו פסק שאין לבית הדין להיזקק בדינו אם אין בידם אמצעים לאכוף את פסק הדין, והביא לכך ראייה נפלאה מסוגיא במסכת מועד קטן (דף יד:). וז"ל – "כיון שבעו"ה רבו עתה המתפרצים אשר לא יאבו לקיים, אין הבי"ד מחוייבים להזדקק כל עוד שלא יעשו כנימוס המדינה עפ"י קאמפראמיס או כדומה. ובימי חורפי שמעתי ממור"ה הגאון ר"י בכרך זצ"ל שדן ג"כ כן, והביא ראייה מדברי הגמרא מו"ק י"ד מנודה מהו שינהוג נידוי ברגל. א"ר יוסף ת"ש דנין דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות, ואי לא ציית דינא משמתנין ליה. ואי ס"ד אינו נוהג נידוי ברגל, משומת ואתי מעיקרא אתי רגל ודחי ליה, השתא משמתניא ליה אנן עכ"ל הגמ'. ואם נימא דגם במקום שאין אנו יכולים לכופו לקיים הפסק, מ"מ מחוייבים אנחנו לדון דינא, א"כ מאי ראייה מייתי הגמ' מזה דדנין ברגל דנוהג נידוי, דילמא משום הכי אנו דנין דאולי יקיים הפסק מרצון, אבל לעולם אם לא ירצה לא ננדה אותו. אלא ודאי מוכח מזה דכל עוד שאין בדינו להכריחו לקיים אין אנו מחוייבים לדון. וא"כ עתה שאין בדינו להכריחו בשום אופן רק על פי קאמפראמיס או השלשה, שפיר מחוייבים הצדדים לעשות על פי נימוסי המדינה אחרי שיש חשש שלא יקיים אחד הצדדים בלא זה."

על כן הדבר ברור שמוטל על בית הדין להביא לכך שלאחר שינתן פסק הדין, פסק הדין יצא לפועל, ולא תמצא הדרך להתחמק מקיום פסק הדין. מתוך כך, דנו הפוסקים האם לחייב את הנתבע להשליש את סכום התביעה בבית הדין בטרם הדיון. וז"ל הש"ך חו"מ סי' עה ס"ק ב' - "כתב בד"מ וז"ל, כתב מהר"ד כהן בתשובותיו בית ב' חדר א', מי שיש לו דין על חבריו והנתבע מוחזק, אין אומרים להוציא ולנהיחו ביד שלישי ואחר כך ידונו, דכל מילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינן ב"ד, דילמא יזכה הנתבע ונמצא מחזיק כדון בו, ועיין לעיל סימן ע"ב בדין תפיסה לא משמע כן, עכ"ל ד"מ. ולא ידעתי היאך לא משמע כן בסימן ע"ב, ונראה עיקר כמהרד"ך, וכן המנהג."

בפני בית הדין תביעת ממון שהוגשה על ידי התובע כנגד הנתבע. ובטרם התקיים הדיון הראשון, התקבלו הודעות מטעם הנתבע ובהם טענות לבסס את התנגדותו להופיע לדיון בבית הדין.

לאחר העיון בטענות אלו, קבענו שהטענות אינן מתקבלות ואין בהם כדי לפוטרו מהתייצבות לדיון בבית הדין. הצדדים התבקשו לחתום על שטר בוררות כמקובל, ושלאחריו יוזמן מועד לדיון בתביעה. וכן קבענו שאם הנתבע יסרב להופיע לדיון ולחתום על שטר הבוררות, בית הדין ישקול את בקשת התובע להוציא כתב סירוב, כמתבקש במקרים אלו.

הנתבע העלה מספר טענות מקדמיות, ולהלן התייחסות לטענות אלו.

א. הנתבע הודיע לבית הדין שאינו מוכן לחתום על שטר בוררות.

ראשית, הנתבע טעה וסבר שבשטר הבוררות אין מוזכר דין תורה. בשטר זה הצדדים מסמיכים את בית הדין לדון בין לדין ובין לפשרה, ופשיטא ש"דין" היינו דין תורה, ובכל דיון במסגרת "בוררות" בית הדין דן על פי דין תורה, ופסקי הדין מנומקים, ומבוססים על דברי השו"ע והפוסקים. אלא שניתנת לבית הדין סמכות לפשר בין הצדדים, בהתאם לשיקול דעת בית הדין, היינו בהתאם להלכה בשו"ע ובפוסקים שהורו לנו היכן וכיצד לפשר.

ונבהיר בעו"ה הטעם מדוע בית הדין אינו מקיים דיונים בטרם חתמו שני הצדדים על שטר בוררות.

עפ"י ההלכה בית הדין אינו פותח בדיון בטרם יובטח ככל האפשר ביצוע פסק הדין, מאחר והבטחת קיום פסק הדין הוא תנאי לעצם הדיון. נקדים את דברי האור החיים עה"ת בתחילת פרשת שופטים שכתב - "טעם השוטרים אמרו בפסיקתא ר"א בן שמוע אומר אם יש שוטרים יש שופטים, אם אין שוטרים אין שופטים, ע"כ. הדברים מוכיחים שאם אין שוטרים אין חיוב מצות שופטים. ומעתה כל שיוודעים ישראל שהעם אינם נשמעים לשופטים, והשופטים אינם יכולים לכופם, אין חיוב מינוי השופטים."

ובספר עזרת ישראל להג"ר ישראל איסר שפירא ז"ל סי' קטו, כתב - "עובדא בא לפני, כמה פעמים, שבאו שני בע"ד לדיון, וטען האחד שאין ברצונו להתדיין אלא א"כ יעשו תוקף עפ"י קאמפראמיס או על ידי השלשה שכל מי שיזכה בדינו

סוסי נ"א, וכן הוא ג"כ בשואל ומשיב מהדורא ג' ח"ג סי' קכ"ה וכלשונו שם כיון - דבעו"ה אין כח ב"ד יפה רק מה שמקבל על עצמו עפ"י נימוס, וכן נראה גם מד"ח ב' סי' ז'."

ובספר דברי גאונים כלל נב סעיף ח' כתב - "אם אחד מבעלי הדין אומר שרוצה לעמוד לדין תורה, אך שאינו רוצה לחתום עצמו על קאמפרמוס, מבואר בשו"ת נאות דשא באמצע סי' נא דיש לו דין מסרב, וכן משמע בשו"ת דברי חיים ח"ב חור"מ סי' ז' ט' וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהדור"ג ססי' קכה, ובשו"ת רמ"ץ חור"מ סי' ו' והעיד שכן דנים."

וז"ל תשובת נאות דשא סי' נא (המוזכרת בספר דברי גאונים) - "ועוד אנו אומרים דכיון שבכל עת שרצה לדון, לא רצה רק שיכתבו בשטרי בירורין שידונו דין תורה, ותיבת קומפראמעס לא יהיה נזכר כלל, א"כ הו"ל כאילו לא רצה לדון כלל. כיון שהדבר ידוע שכל שכתוב לשון דין תורה בשטרי בירורין ולא לשון קומפראמעס, אותו הדין בטל לגמרי, א"כ הו"ל מסרב גמור. הגע בעצמך, מי שאומר שרצונו לדון, אלא שאין רצונו לכתוב שטר בירורין, דזה ברור דהוי מסרב, כאילו אינו רוצה לדון כלל וד"ה בזה. ומה שאומר פלוני שזה לא היה מחמת סירוב רק שרצה דוקא דין תורה, ולא פשר, אין זה אלא הבל ורעות רוח, כיון שנודע עתה שכותבין לשון קומפראמעס שהוא ענין קרוב לפשר בכדי שיהיה תוקף לאותו הדין שיפסקו, אבל הדיינים דנין דין תורה ... רק לשון קומפראמעס יהיה כתוב בשטרי בירורין כדי שלא יהיה יגיעתנו לריק, והוא לא רצה, הרי ניכר שאין זאת מחמת שלא רצה בפשר, כי האי גברא לא למדנא הוא לידע שהדין תורה טוב לו מהפשר, רק כוונתו היתה שיוכל לבטל אחר כך את דינם."

ובשו"ת אוריין תליתאי (להג"ר משה תאומים ז"ל) סי' קיג כתב על מי שטען שאינו רוצה לעמוד לדין תורה על אשר הצד השני ישליש מקודם טראט בחת"י או קומפרומוס בנימוסיהם לקיום הפסק, ופסקו שהוא מחוייב בכך, והשיב האוריין תליתאי - "אמת כי כבר הורה כן ... הגאון מוהרש"ק ז"ל בתשובותיו טוטו"ד, וכן ראייתי בתשובת נאות דשא סי' נא דמי שאינו רוצה לחתום א"ע כל קומפרומוס יש לו דין מסרב וכן מורין בבתי דין שבישראל. דאף שכתב הש"ך בסי' ע"ה דהמנהג שלא להשליש קודם שידונו משום דלא מטרחינן בית דין בכדי, דלמא יזכה הנתבע ומחזיק כדון. ואולם האידנא שאין יד ישראל תקיפה בעוה"ר, הוא להיפך, דאם אינם משלישים מקודם לקיום פסק הדין מה כח בית דין יפה, והוי אטררוחי בית דין בכדי, וענין נתינת ערבות תלוי לפי ראות עיני הדיין כמ"ש הרמ"א בחור"מ סי' ט"ו סעיף י"ד". ויעויין בפד"ר חלק ו' עמ' 277 שהביאו מדברי תשובת נאות דשא.

ובספר שו"ת בר ליואי חלק חור"מ סי' א' כתב - "הנני להשיבו על אשר אמרו לו משמי כי אנכי הסירותי את כפי מלתת כתב סירוב על מי שאינו רוצה לחתום את עצמו על הפערשרייבונג, למען להיות לנו תוקף על פי נימוסי

וכתב הגאון רבי שלמה קלוגר ז"ל בתשובה שבשו"ת האלף לך שלמה חלק ח"מ סי' א, (וחזרה ונשנתה בספרו טוב טעם ודעת מהדורה ב' קו"א סי' לח) ז"ל - "הנה מי שאינו רוצה לחתום בקאמפרמיס הוי כלא ציית דינא, דבשלמא להשליש מעות בזה יש לו קפידא דאולי אין לו מעות, ואף אם יש לו אולי צריך להם לישא וליתן. אבל במניעת החתימה על הקאמפרמיס מה איכפת ליה, והוי מחשבתו ניכר שאם יתחייב בדין לא יקיים, ולכך הוי עתה כלא ציית דינא. גם בתשובה אחת כתבתי, דזה תלוי בעיני הדיין לענין להשליש המעות. דבשלמא הש"ך מיירי בזמנם שהיה ביד ב"ד להחרים ולנדות למי שמסרב, ולכתוב אדרכתא, אז לא הוי צריך עתה להשליש. אבל בזה"ז דאין בידינו שום כח לכופ על הדין, אם קרוב הדבר שלא יציית, יכול הב"ד לומר שישליש המעות, ולא גרע ממ"ש בסי' ב' דב"ד מכין ועונשין לצורך שעה, ומכ"ש בזה."

הרי מבוארת דעתו, שמוטל על בית הדין לעשות את האפשר, על מנת להבטיח קיום פסק הדין, והיינו חתימה על שטר מתאים שיסייע להוציא לפועל את פסק הדין באמצעי האכיפה החוקיים. והמסרב לכך, דינו כמי שלא ציית דינא, וכמ"ש מהר"ש קלוגר ז"ל - "במניעת החתימה על הקאמפרמיס מה איכפת ליה, והוי מחשבתו ניכר שאם יתחייב בדין לא יקיים, ולכך הוי עתה כלא ציית דינא."

וכן המהרש"ם בתשובה חלק ג' סי' קסה כתב - "בלא"ה הרי בתשובת ב"ח סי' ה' כתב מטעם אחר שאין להשליש ביד ב"ד או שלישי אחר, דשמא יאבדו המעות מיד השליש ע"ש, ובפרט אם יאמר הנתבע שיהיה לו הפסד בהכנס המעות בתשלומי עסקא או שקשה לו למצוא מעות, פשיטא שאין ביד ב"ד לכופו, אלא בהבטחת כתב קומפראמיס וכדומה, כמ"ש בתשובת נאות דשא סוסי' נ"א". ובהשמטות לאותה תשובה כתב מהרש"ם - "מ"ש שם דמחוייב להטריח ע"י קאמפראמיס. מצאתי בתשובת מהרי"ק שרש א' ענף ב' שכתב וז"ל - דבשלמא מי שדר באותה העיר ומסרב לפרוע הרי הוא כמאן דלא ציית דינא, שהרי הדין נותן שיפרע תחלה ואח"כ ירד לדין לדון, כמ"ש מהר"ם ומרדכי סופ"ב דב"ב (ר"ל בדברי מסים הנוגע לקהל), ונמצא שא"ר לפרוע קודם כמאן דלא ציית דינא הוא וכו' עכ"ל וה"נ אם אינו רוצה לחתום קאמפראמיס דינו כמסרב."

ובספר שואל ומשיב תליתאה ח"ג סי' קכה כתב בתוך דבריו - "לכופ הבע"ד לחתום על שם קומפרומיס, ואם לא יחפצו יכתב סירוב ... ומעתה כיון שבעוה"ר אין כח בית דין יפה רק מה שמקבל עצמו על פי נימוס."

ובשו"ת חלקת יעקב חלק חור"מ סי' ג' כתב - "ושפיר הביא כת"ה למהרש"ם ח"ב סוסי' קס"ה דאף דאנן פסקינן כהש"ך רסי' ע"ה ורד"ך שם, דאין הב"ד יכול לכופ להשליש לקיים הפסק, ומביא שם בשם תשובת הב"ח סימן ה' דשמא יאבדו המעות מיד השליש, אבל בהבטחת שטר קאמפראמיס וכדומה שפיר ביד ב"ד לכופו כמ"ש בתשובת נאות דשא

ובפד"ר חי"א עמ' 274 בפסק דין של בית הדין האזורי בירושלים בראשות הגאון רבי אליעזר שפירא ז"ל כתבו - "חתימת הצדדים על השטר הן לדין והן לפשר איננה מוסיפה על סמכות בית הדין לכוף על הצדדים פשרה. אולם הצדדים חייבים לחתום על שטר כנ"ל, כדי לאפשר לבית הדין דיון שיפוטי מחייב וניתן לאכיפה בהוצאה לפועל לגבי כל המסגרת ההלכתית האפשרית".

מסקנת הדברים - מוטל על בית הדין להביא לכך שיובטח קיום פסק הדין. אמנם להלכה נקטינן שאין לחייב את הנתבע להשליש את דמי התביעה, על מנת להבטיח קיום פסק הדין, וזאת על מנת למנוע את הנזק העשוי להיגרם מחיוב הנתבע להשליש ממון. אך אין מקום לסטות מהמקובל בבתי הדין להחתים את הצדדים על שטר בוררות, שהוא כעין הקאמפראמיס המוזכר בפוסקים. מנהג זה הינו מדורות קודמים, וכפי העולה מעדותו של הג"ר מאיר צבי הירש וויטמאיר ז"ל בשו"ת רמ"ץ. מטרת החתימה על שטר זה היא להבטיח קיום פסק הדין על ידי הצדדים, גם באמצעות ערכאות. והמסרב לחתום על שטר זה מביא על עצמו חשד, שמא אין בדעתו לקיים את פסק הדין, ויש לדונו כמסרב, וכמו שפסקו הג"ר שלמה קלוגר והמהרש"ם, ובספר דברי גאונים בשם תשובת נאות דשא השואל ומשיב ושו"ת רמ"ץ, שו"ת אוריין תליתאי וכן ספר עזרת ישראל ובשו"ת בר ליואי.

ב. הנתבע טען שאינו מוכן לחתום על שטר בוררות אלא לדין תורה בלבד.

כפי שראינו לעיל, בלא שבית הדין יקבל, מעמד חוקי של בורר, לא יהא ניתן להביא את פסק הדין למימוש בהוצל"פ. מלבד זאת בשטר זה מפורשת סמכות ביה"ד לפסוק פשרה, לפי שיקול דעת בית הדין. ואם אחד הצדדים יבקש למחוק משטר זה, את הסמכות הניתנת לבית הדין לפשר, טענתו אינה מתקבלת.

ולהלן מש"כ הגאון רבי אליעזר שפירא ז"ל בשבתו כאב"ד בבית הדין האזורי בירושלים (הודפס בפד"ר חי"א עמ' 261) - "בתביעת ממון שהוגשה לבית דינו טען ב"כ הנתבעת כי הוא מוכן לחתום על שטר בוררין לדון על פי דין ומסרב לחתום על שטר בוררין בו נאמר הן לדין הן לפשר. לפנינו השאלה אם ניתן לחייב את הנתבעת לחתום הן לדין והן לפשר כמקובל ומה דינו של המסרב לדון על שטר בוררין הן לדין והן לפשר.

מנהג בתי דין בישראל להחתים את הצדדים בשטר בוררין בין לדין בין לפשר.

והנה מה שנהגו להחתים את הצדדים לתביעת ממון גם לפשר אינו ח"ו משום רצון ביה"ד לפסוק כדייני דחצצתא, שפירש רשב"ם בבבא בתרא קל"ג ע"ב דייני פשרה שאין בקיאיין בדין וחוצצין מחצה לזה ומחצה לזה כדין ממון המוטל בספק. אלא שורש הענין הוא במה שנפסק בשו"ע

הערכאות, שקר ענה בי, וכזאת לא עלתה על לבי מעולם. ונפלאותי מאד על המגיד בשמי דבר כזה, אשר נודע גם בעיר בראדטשין בהיותי שמה ולא רצה הנתבע לאסור את עצמו בקיום תוקף הקאמפראמיס, וציותי שלא לצרפו למנין עשרה, ואיך יענה בשמי לשקר. ואף שמבואר בחו"מ ריש סי' ע"ה דאין מוציאין ממון מיד המחזיק, בודאי כופין לעשות. דע"כ הא דאמרינן דאטרוחי בית דין בכדי לא מטרחינן, הוא רק היכי דהבית דין בא להוציא ממון מיד המחזיק, וכמו דאמרינן בש"ס ב"מ דף ק"י דהפירות בחזקת אוכליהן קיימא, ומשום הכי אטרוחי בית דין בכדי, לא מטרחינן היכא דעבידא לגלויי, משום זילותא דבי דינא, כמו דקאמר הש"ס בב"ב דף ל"ב אי מחתינן לא מסקינן. אבל היכא דאין הממון ביד המחזיק, שוב ליכא זילותא, ושפיר יש להבית דין לתפוס את החפץ לקיום הדין, דבכה"ג לא שייך לומר דאטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן, כי למי שיצטרכו למסור החפץ, המה יתנו לזה ... ומכל שכן דכופין אותו לעשות קיומין בהקאמפראמיס לקיים את אשר יצא דבר המשפט על פי דין תורה. ובפרט בעו"ה שדינו אינה תקיפה, וכל אחד נקרא גבר אלים, בודאי אם אינו רוצה לעשות קיומין ולבא על החתום, אנו דנין אותו למסרב נגד הדין. כי יותר מזה מצינו בש"ס ב"מ דף ל"ט במעשה דמרי בר איסק דאתי ליה אחי מבי חוזאי דאמר ר"ח להמחזיק שיביא ראיה דלאו אחיו יען כי היה גבר אלים, אף שהוא נגד הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומכל שכן בנ"ד לאשר ולקיים הדין כפי הדין תורה, בודאי מעשין וכופין אותו שיעשה וקיים את אשר ישית עליו הד"ת, ואם לא יאבה לשמוע דיינינן ליה כמסרב נגד הד"ת, וז"ב".

ובשו"ת מנחת הקומץ (להג"ר קלונימוס קלמן צוקרמן ז"ל) סי' קיא נשאל האם ניתן לאכוף על הנתבע להשליש שטר חוב. והביא מתשובת נאות דשא שאם אינו רוצה לחתום על קומפרומיס דינו כמסרב, וכתב - "מצד הסברא אם ב"ד רואים שאם לא ישליש שטרי החוב לא יקיים פסק הדין, בודאי אם אינו רוצה הוי כמסרב, ואין שום סברא לחלק בין קומפרומיס לשטרי חוב, כמו שבזה אם לא יתחייב בד"ת לא יפסיד כלום מחתימת הקומפרומיס, כן אם לא יתחייב בד"ת לא יפסיד כלום מהשלשת שטרי החוב ויחזירו לו ... ולדעתי אם ביה"ד רואים שלא יקיים פסק הדין אם לא ישליש מעות, צריך להשליש ואל"כ הוי כמסרב, וכן כתב הטוטו"ד בתשובה, וכמה פעמים משלישין ג"כ מעות לקיום הפסק. רק דבמעות יכול לומר שאין לו מזומן להשליש, אבל במודה שיש לו רק שאינו רוצה, ובפרט להשליש שטרי חוב, בודאי צריך לקיים כפי ציווי בית דין אם בית הדין רואין שכדי להציל עשוק מיד עושקו צריך להשליש, בודאי זהו מכלל רשות וכח בית דין יפה ויכולים לכופו להשליש, ולא גרע מאם אין כח ביד ב"ד להוציא ממנו שהוא גבר אלים דמצוה עליהו לילך ולהעיד בפני ערכאות ועיין בחו"מ סי' כ"ו, והכל תלוי בראות עיני בית הדין. ואם אינו רוצה לציית לבית הדין דינו כמסרב, עכ"ל".

ודן מזה לק"ו בן בנו של ק"ו לחכמי הדור הזה וכו' עיי"ש. וכל זה סייעתא לדברינו האמורים. עד כאן לשונו של תשובת ציץ אליעזר.

ובשו"ת מענה לשון (להג"ר אברהם חפוטא ז"ל) חלק חו"מ סי' א' (פרק ט') כתב - "לכאורה אם רוצה בדין תורה ומוכן ללכת איתו לדין לכל מי שירצה, לא נראה שנקרא מסרב. אמנם היכא שנהגו כך בכל בתי הדין, ובכל מקום שילך רוצים רק בנוסח זה, נראה שנקרא מסרב, והוי כהא דאמרנו דהיכא דאין הדין יכול להגמר ולהתברר כופין לעשות פשרה. וה"נ אחרי שדין תורה קשה, ונהגו לכתוב הן לדין והן לפשר, נראה שיש לכפותו בכך, ובכד"ג כופין על הפשרה, וכדני גווי שכתבנו לעיל שכופין בהם ... ונראה לי, דכל זה רק בבית הדין הרשמי באחד שהוומן על ידי חבירו לשם, דאינו יכול לעכב מלכתוב הן לדין והן לפשר, והוי כמסרב לבית הדין, אבל היכא שהומינו אצל רב והוא בקש ממנו דין תורה, בודאי אינו יכול לכופו לפשרה, ואינו נקרא מסרב לרדת לדין. אבל בפיוסין אה"נ דיכול לשדלו ולהסביר לו את מעלת הפשרה ... וכבר כתבנו משם הרש"ך (ח"ב סי' קיג) דמנהג הסוחרים בסלוניקי לכפות למי שאינו רוצה ליכנס לפשר עמהם, וזה ראייה להנ"ל."

אמנם בבית הדין הגדול בירושלים בהרכב בראשות הראשלי"צ הג"ר מרדכי אליהו שליט"א, בפס"ד שהובא בספר ביכורי אשר (להג"ר מסעוד אלחודד שליט"א) סי' כח, פסקו שבעלי הדין מחוייבים לחתום לכל הפחות על נוסח שבו יכתב - "הצדדים מקבלים עליהם סמכות בית הדין לדון הן לדין והן לפשרה עפ"י הדין", מאחר שלא ניתן לכופ את בית הדין שלא לדון בפשרה כשהדין מחייב את הפשרה, כגון כעין המבואר בשו"ע חו"מ סי' יב ס"ה ובסי' טו ס"ה, אך לא ניתן לחייב את הצדדים לפשרה הטעונה קניין.

סברתם היא שלא ניתן לכפות את בעלי הדין לפשרה הטעונה קניין, אלא רק לדיון בסדרי הדין המחוייבים על פי הדין לרבות פשרה במקום שהדין קובע שיש לפשר בין הצדדים.

על כן גם אם נקבל סברא זו ואין בכחנו לכפות יותר מהוראת בית הדין הגדול הנזכרת, עכ"פ הנתבע מחוייב לחתום על שטר בוררות, בנוסח שבו יכתב "הצדדים מקבלים עליהם סמכות בית הדין לדון הן לדין והן לפשרה עפ"י הדין".

מסקנת הדברים - בית הדין לא יזדקק לפתוח בדיון שבו הצדדים אינם מסכימים לחתום על שטר בוררות.

אמנם בית דין זה ושאר בתי הדין, דנים בענייני נישואין וגירושין גם בלא חתימה על שטר בוררות, וזאת מאחר שעל פי החוק עניינים אלו הם בסמכותו היחודית של בית הדין, וגם בלא הסכמת הצדדים, ניתן לאכוף על הצדדים את פסק הדין, ולא יתכן שבית הדין יסתלק מלדון בנושאים אלו בלא חתימה על שטר בוררות המסמיכה את בית הדין לפשרה. אך זאת מאחר שאם בית הדין לא ידון בזה, לא יוכל

חו"מ סימן י"ב סעיף כ' צריכין הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה, ולכן נהגו בתי הדין לדון בפשר קרוב לדין, וכמו שאמרו בירושלמי ר' יוסי בן חלפתא אתון תרי בר נש מידון קמאי על מנת שתדינינו דין תורה אמר לון אני איני יודע דין תורה, עכ"ל.

ולהלן מש"כ בעניין זה בשו"ת ציץ אליעזר חלק ז' סימן מח פרק ח' -

"עמדה שאלה שנתבע דרש שבשטר הבוררות לא יהיה כתוב כפי הנוסח הרגיל והמקובל שכתוב הן לדין והן לפשר, אלא שיכתבו מפורש רק לפי דין תורה. ואותה שאלה נשאלת כשהתובע דורש כן אם יש לביה"ד להזדקק לזה. ונראה כי דרישה כזאת כמיה כסירוב לעמוד לפני ביה"ד לדין, ושני נימוקים לכך.

(א) מכיון שנפסק בחו"מ סי' י"ב שכח הדיין הוא לעשות דין כעין הפשרה, וגם לוותר חוץ מן הדין כדי להשקיט ממריבות, הכל לפי הצורך כיעו"ש, א"כ אין ביכולת הבעל דין לדרוש מבית הדין שיתנהג אחרת מכפי הכח הנתון בידו לפי דין השו"ע. ובמפורש נפסק בטור (חו"מ) בסי' י"ב שם כי צריכין הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה, ומביא סייעתא לכך ממה דאיתא בירושלמי פ"א דסנהדרין ה"א בשנים שבאו לדין לפני רבי יוסי בן חלפתא וא"ל על מנת שתדינינו דין תורה, אמר להם איני יודע לדון לכם דין תורה עיי"ש. ולכן בעל דין המסרב לסמוך בזה על שיקול דעת ביה"ד והכרעתו, שאיך שלא יוציא פסק דין, ברור שיסודותיו מבוססים על דיני השו"ע - הרי זה נחשב כמסרב לגמרי להתדיין לפני ביה"ד. וממילא כשהתובע דורש בכזאת אין חיוב לביה"ד להזדקק לזה.

(ב) בהיות ומנהג מקובל הוא בכל בתי הדין בארץ שמחתימים את הצדדים על שטר בוררות שכתוב בו הן לדין והן לפשר, לאו כמיניה של בע"ד לדרוש שינהגו אחרת לגבי דידיה. והוכחה לכך נראה לי דיש להביא מדברי חדושי הגרע"א בחו"מ סי' ג' (מובא גם בפ"ת סק"ב) שמביא בשם שו"ת מגן גבורים שכותב בשם הרש"ך על מחלוקת בין תובע לנתבע א' אומר שרצונו להתדיין בד"ת וא' אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים (בפ"ת הלשון: רק בדיני סוחרים) שכך הוא הוא המנהג במקום שנעשה העסק הדין עמו (בפ"ת הלשון הדין עם השני) כיון דבמקום שנעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי ד"ת מנהג מבטל הלכה עיי"ש, ועיי"ן גם בפ"ת בסי' י"ב ס"ק י"ט ע"ש, והדברים ק"ו, אם מהני מנהג בזה להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי ד"ת, מכש"כ דמהני מנהג להתדיין לפני בית דין הן לדין והן לפשר שגם זה תורה הוא, ולא יוכל השני לדרוש שיתנהגו רק כפי דין תורה ... ומצאתי בספר שו"ת דרכי נועם חו"מ סי' ל"ה שכותב בתוך דבריו שביכולת בית הדין להכריח את בעלי הדין לקבל פשרה שזהו מכלל דין תורה שנאמר ועשית הישר והטוב, וכותב בלשון ולעולם יזהר אדם שלא יקבל עליו לדון דין תורה ומביא כסייעתא לזה דברי הטור הנ"ל

לחייבו להופיע לדיון, שמא יודה לו, ואטרוחי בית דינא בכדי לא מטרחינן, ולענין זה די בהודעת עיקר התביעה.

התומים סי' יג (אורים סק"א) כתב - "אם אומר לו כמה ובכמה תובע, והנתבע משיב הודיעני איך ומה אני חייב לך, מאין מסתעף החוב וכדומה, בזו נראה דצדקו דברי הבאר שבע, דאינו צריך לברר לבעל דינו קודם בואו לבית הדין, דלא ילמוד להשיב טענת שקר ורמיה. ואפילו בבית דין אם נראה שיש בו רמאות, אינו צריך לברר, דלקמן סי' עה סעיף א', ומכ"ש חוץ לבית דין, ובזו שפיר שייך עביד איניש דלא מגלי טענתו".

בפשיטות נראה, שדברי התומים נאמרו בשיטת הש"ך. שהרי כפי הנראה לשיטת הבאר שבע התובע אינו צריך לומר לנתבע דבר, ודוחק לומר שכוונת התומים להיות שיטה שלישית המכרעת בין השיטות.

ובשו"ת הרמ"ז (להג"ר מרדכי זכות ז"ל) סי' יד הביא את מחלוקת הבאר שבע והש"ך ובתחילה כתב לדחות ראיית הבאר שבע, וז"ל - "עתה אשיב על ראית בעל באר שבע דמסתיע מההיא דאמרינן פרק חזקת הבתים דף ל"א עביד איניש דלא מגלי טענתיה, ואיני רואה לו משם סיוע שיש בו ממש. משום דההוא טעמא אהניא לגילוי מילתא, ולמימר דמאי דאשתעי אבראי לאו היינו טענתיה דאית ליה למטען, והילכך כדאתי לבית דין חוזר וטוען ולא הוחזק כן, אבל אין סברא לומר דמשום דאין אדם רוצה לגלות טענתיה שלכן לא יתחייב להודיעה אל הנתבע, כשישאלהו הודיעני על מה תריבני".

ובהמשך דבריו כתב הרמ"ז ז"ל, טעם אחר מדוע אין להוכיח מהסוגיא בבבא בתרא לענין זה, וכתב להגדיר מהי "טענה" לעומת "תביעה". וז"ל - "שאני טענה מתביעה, דתביעה היא, רק הודעת גוף הענין והדבר שתובע מחברו, בלי הזכרת שום ראיה וזכות. וטענה היא הראיות או עדות שיש לו. וכ"כ בעל מוסף הערוך, דטענה בלשון חכמים הוא טעם בלשון תורה, וכדאמרינן בעלמא טענינן ליורש וללוקח. ומאי דתנן הטענה שתי כסף וכיוצא, היינו משום דסתם כל תביעה יש עמה טענה שעל פיה ידין השופט, וכדפרש"י גבי שטרי דטענתא, דמקרו הכי משום שעל פיהם הדיינין פוסקים, דהיינו ודאי הראיות. ומההיא דמייתי הבאר שבע גופיה מוכח הכי, שהרי התם איירי בטענה שטוען נגד חברו להפטר ממנו, ואהא קאמרינן דעביד איניש וכו', ומש"ה אסיקנא דחוזר וטוען. והשתא דאתית להכי אפשר לומר דגם בעל באר שבע לא מיירי אלא בכה"ג, ודייקא דכתב בשאלה וראובן אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו, דלא קאמר אינו רוצה לגלות לו את תביעתו או מה היא, אלא אופן תביעתו דהיינו מראה האופנים שיש לו בסידור טענות תביעתו. ויותר מוכרח לפרש כן מענין ראייתו מדברי הרא"ש דכתב דאפילו בב"ד אין אדם צריך לברר טענתיה, דהתם ודאי לא איירי בתביעה, אלא בראיות, דאין צריך להוכיח היאך והיכן פרעו, עכ"ל.

להתקיים דיון משפטי כלל בין הצדדים. על כן בנושאים אלו מקובל ונהוג בכל בתי הדין בארץ לדון בלא חתימה על שטר בורות, משא"כ כשבית הדין דן בדיני ממונות.

ג. בהודעתו האחרונה של הנתבע לבית הדין, ציין לשיטת הש"ך בחו"מ סי' יא וכתב שיכול לטעון קים לי כש"ך שאינו מחוייב לרדת לדיון עד שהתובע יפרט את פרטי התביעה.

ונברר בעז"ה הלכה זו.

וז"ל הש"ך חו"מ סי' יא סק"א - "בספר באר שבע פסק, בראובן שתובע לשמעון שיברור עמו דיינים, ושמעון משיב לא אכנס לדיון עמך אם לא תגיד לי מתחילה על מה תרצה לדון עמי, וראובן אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו כלל. שהדין עם ראובן, מההיא דאמרינן בפרק חזקת הבתים [ב"ב ל"א ע"א] עביד איניש דלא מגלה טענתיה [חוץ לבית דין, וגדולה מזה פסק הרא"ש בפרק שבועות הדיינים] שבועות פ"ו סי' י"ח] דאין אדם צריך לברר טענתיה אא"כ יראה לב"ד שיש רמאות, עכ"ד. ואין דבריו נכונים בעיני, דלא דמי לפרק חזקת הבתים דף ל"א ע"א, דהתם אמרינן היכא דאישתעי מיילי אבראי ולא טען ואתי לב"ד וטען, דחוזר וטוען, מ"ט עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא, כלומר ומצי הנתבע לומר לא רציתי לגלות טענתי בפניך עד לדיון. וכן הא דכתב הרא"ש פרק שבועות הדיינים, היינו משום שכיון שטוען שפרעו וכה"ג אין צריך לברר היאך פרעו ובמה פרעו, אבל הכא ודאי מצי הנתבע לומר הגד לי מתחילה מה תרצה לדון עמי, כי אולי אחרי שאדע תביעותיך אעשה כרצונך ולא אבוא עמך להתדיין כלל, וכל זמן שאינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו, אינו מחוייב לבוא עמו לדיון כלל, כן נלפע"ד".

ועיי"ש בפת"ש סק"ד דעות הפוסקים במחלוקת זו.

החכם צבי סי' קסט פסק כשיטת הש"ך, וז"ל - "הרב בעל ש"ך פוסק שהדין עם הנתבע ודברי הבאר שבע בזה בטלין הן, דאין זה ענין לגילוי טענתא. אדרבא יש ראיה להיפך מדאמרינן בעלמא אטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן. ה"נ שמא כשישמע הנתבע מה התובע מבקש ממנו ימלא משאלתו ועוד ראיית הב"ש אינה ענין כלל לנ"ד דהתם היינו שיכול לטעון בב"ד טענה שהוא זוכה בה אף שלא טען אותה חוץ לב"ד או אפי' טען חוץ לב"ד הפכה משום דלא עביד איניש דמגלי טענתו אלא בב"ד אבל להכריחו לילך לב"ד על בלי מה, זה לא עלה על הדעת ... ואפילו היה הדבר שקול ראיית באר שבע וראיית הש"ך, אין ספק שהלכה כדברי הש"ך, שהוא בתרא וראה דברי באר שבע וחולק עליהם, כ"ש וק"ו שאתם הנתבעים ולא יהא אלא מחלוקת שקולה, א"א לכוף אתכם הנתבעים מספק, וז"ב לכל מי שהריח ריח תורה".

אך יש לקבוע בבירור, כי גם לשיטת הש"ך אין צורך להרצות בכתב התביעה את כל פרטי ראיותיו, ודי בהודעה של התובע את עיקר התביעה. עיקר טענת הש"ך והחכם צבי היא שכל עוד הנתבע אינו יודע מהי התביעה, אין מקום

העולה מדברינו שבנידון זה שהתובע פרט את עיקר התביעה ואת סכום התביעה, די בכך גם לשיטת הש"ך, ואין מקום לנתבע לטעון שאינו מוכן לדרת לדין לפני שיקבל עוד פרטי פרטים מטענות התובע. הנתבע יוכל לדרוש פירוט נוסף של התביעה, בדיון שיתקיים בין הצדדים.

מסקנת הדברים - אין מקום שהנתבע ימנע מחתימה על שטר בוררות, בטרם יקבל פרטים נוספים מטענות התובע, מאחר שעל פי דין התובע אינו חייב לפרט יותר ממה שפרט בכתב התביעה.

מלבד זאת, גם בלא האמור לעיל, יש לומר שטענה זו שהזכיר הנתבע - "קים לי כהש"ך", מקומה רק לאחר החתימה על שטר בוררות. וז"ל ספר קובץ הפוסקים על חו"מ סי' יא - "ועיין בספר שושנת יעקב סק"א דכתב דלפי מנהגינו עכשיו שחותמים בעלי הדברים על שטרי בירורין על פי דינא דמלכותא, קודם התחלת דין וקודם ברירת הדיינים, ומבלעדי השטרי בירורין אין לפסק הדין שום תוקף, אפילו לדעת הש"ך צריך הנתבע לחתום על השטר, אפילו קודם שיגלה לו טענותיו. דדוקא לילך לבית דין יכול לטעון דאינו רוצה אם לא יגלה לו טענותיו. אבל שטרי בירורין דאין צריך לחתום לפני בית דין, אין לו שום טענה. ועוד מפני דיש חשש אם שומע הטענות של התובע יבין הנתבע שיפסיד בדין ולא ירד כלל לדין, אין נותנים לו כח הטענה לטעון שיגלה טענותיו קודם החתימה על שטרי בירורין. אבל לאחר החתימה דצריך לירד לדין ולציית דינא על פי נימוסי המדינה, שפיר יכול לטעון שיגלה טענותיו. אבל חלקו בשכר כתיבת השטרי בירורין אין צריך ליתן הנתבע קודם שידע טענותיו, דעל ההוצאות יכול לטעון, אם הייתי יודע הטענות, דילמא אודית לך ולמה אוציא מעותי בכדי. וכן מבואר בחכם צבי ובזכרון יוסף דאם יש הוצאות לילך ולדון, לכו"ע יכול לטעון שיגלה טענותיו, הובא בפת"ש אות ד'".

ד. הנתבע העלה ברמיזה את הספק האם מחוייב לדון דוקא בבית הדין האזורי בצפת.

יש לקבוע בבירור, מאחר ובעיה"ק צפת קיים בית דין קבוע אחד, הממונה מטעם הרבנות ונציגי כלל הציבור בארץ, ובענייני נישואין וגירושין יש לו את הסמכות הבלעדית, הן על פי חוק והן על פי המנהג מקדמת דנא, וכמו כן דנים בבית דין זה דיני ממונות וכיוצ"ב, ואין בית דין אחר קבוע כאן, על כן מקום הדיון בין הצדדים הוא בבית דין זה, אלא א"כ הצדדים יסכימו לקיים דיון בבית דין אחר.

הבסיס לקביעה זו הוא - מדינא, יש מקרים בהם התובע או הנתבע יכול לתבוע לקיים דיון בבית דין הגדול. יעויין בשו"ע חו"מ סי' יד ס"א - "אבל יש מקומות (באותה מדינה) שיש בהם חכמים גדולים מומחים לרבים, ומקומות שיש בהם תלמידים שאינם כמותם, אם אמר המלוה נלך למקום פלוני שבארץ פלוני לפלוני ופלוני הגדול ונדון לפניו כופין את הלוח והולך עמו. הגה: אם יש (לתובע) עדים או ראיה,

מבואר מדבריו שאת עיקר התביעה יש צורך לפרט בטרם ירדו לדין, אך את פרטי הטענות אינו צריך לפרט. והגאון הרמ"ז ז"ל נוטה שגם דעת הבאר שבע כן היא, כמדויק מלשונו. ואין בזה מחלוקת לדינא בין הש"ך לבאר שבע. ויתכן שגם דברי התומים, הנזכרים לעיל, יתפרשו בדרך זו, (וע"ע בספר דברי גאונים כלל מב סוף ס"ה מש"כ בזה).

ובספר קובץ הפוסקים על חו"מ סי' יא, הביא את דברי התומים, וכתב - "וכן כתב בשמן רוקח בביאוריו לחו"מ סי' זה, דאפשר דצריך להודיע לנתבע סך התביעה, דאולי ירצה להחזיר בלא זילותא דבי דינא, אלא שלא יברר מאיזה ענין הוא תובע, ולזה נראה דגם הבאר שבע מודה, יעו"ש. ובספר מאזניים למשפט הביא שיודיענו תביעתו ומשפטו, דאטו כשירצה להקניטו יטריחנו בדברי הבל ושטות, ומ"מ אין צריך לפרש לו כל הטענות, רק עיקר התביעה".

ועוד הביא בספר קובץ הפוסקים מתשובת מקדשי השם (להג"ר צבי הירש מייזלש ז"ל) סי' צט שכתב - "אפילו להש"ך, פשוט דרק סכום תביעתו מחוייב להגיד לו, דילמא יפרע בלי זילותא דבי דינא, אבל אופן חיובו וטעמי תביעתו אין מחוייב להודיע, רק לפני בית דין".

ובספר אגרות משה חלק חו"מ ח"ב סי' ו' כתב בזה הלשון - "הטעם במה שהוריתי שב"ד המזמין לדין אינו צריך לפרט התביעה ... הנה הסתפקת ... על מה שכתבתי בח' תמוז תשל"א כהדרכה לאגודת הרבנים שכשאחד תובע את חברו לב"ד אין התובע מחוייב להגיד לנתבע פרטי הדברים מה שהוא תובע. והזכרת שיש נידון בין כמה רבנים, אם כוונתי בזה לשיטת הבאר שבע או לשיטת הש"ך ששניהם נזכרים בהש"ך סימן י"א ס"ק א'".

בעצם אנו סוברים כהש"ך, ורק למעשה פשוט וברור שאגודת הרבנים, או שום בית דין סמכאי, לא ישלחו הזמנה לאחד על תביעת דבר קטן ששייך להסתפק דשמה היה הנתבע משלם להתובע בעצמו מחמת שלא ירצה לילך בדינא ודינא. וממילא אם מקבלים הזמנה, אין שוב לשאול פרטי התביעה, שיש לסמוך שהרבנים ששלחו ההזמנה אמרו שאין תביעה זה נכלל באותו ספק, שאם היה נכלל בהספק, היו מקודם שואלים להנתבע ורק אח"כ שולחים הזמנה. ואם הנתבע חושב שהתביעה היתה בסכום שהיה מוכן לשלם, עליו להגיד שאם זה תביעה רק לסכום כזה הריני מוכן לשלמו. ולפעמים ברור להרבנים שהנתבע יודע מהו הסכום שמדברים עליו, ואז ג"כ אין צורך לפרט יותר. ולפעמים אף שאפשר שמוכן לשלם, מ"מ אפשר שהב"ד יכריע לשלוח הזמנה מחמת שחושבים שאולי קבלת הזמנה יגרום שישלם הנתבע בעצמו מחמת שידע שחייב ונמצא שמועיל הזמנתם אף בכה"ג, ושייך לשלוח הזמנה גם בשביל ספק תועלת זה. ולכן איני רואה שום פקפוק בהנהגת אגודת הרבנים בזה".

ונציין לתקנות הדיון של בתי הדין (סעיף כו) שקבעו שכתב תביעה יכיל את העובדות המשמשות יסוד לתביעה, את העתירה וסכום התביעה. אך אין צורך לפרט יותר מכך.

הבית יוסף חו"מ סי' יד בבדק הבית כתב - "כתוב בתשב"ץ (קטן סי' תקטו), נשאלתי על אחד שהזמינהו לדין גדולי העיר ופרנסיה אשר כל דברי העיר נחתם על פיהם, והנידון אומר איך אדון בעיר הזאת, והלא אימתכם מוטלת על הדיינים, וגם טענותי יסתתמו לפניכם. אמרתי כי טוב הדבר על הדיינים ועל הנידונים, לילך במקום הסמוך. וכיוצא בזה ראיתי את רבי זקני שהתיר לנדיב רבי אליעזר שלא לבא לדין עם הנדיב רבי אברהם טרליויש מפני שהיה ראש העיר וכולם נשמעים אליו".

והרמ"א שם (סי' יד ס"א) פסק - "עשיר מוחזק ואלם בעירו, מוציאין אותו לדון בעיר אחרת, אע"פ שהב"ד שבעירו יותר גדול".

ובנוודע ביהודה תניינא חלק חו"מ סי' ב', הביא את דברי הב"י, וכתב על דבריו - "הגם שרמ"א כתב בסימן הנ"ל בסוף סעיף א' בהג"ה ועשיר מוחזק לאלם בעירו וכו', משמע דוקא אלם. נלענ"ד שאינו סותר לכל דברי הגדולים הנ"ל דודאי מחמת עשרו אין שום חשד שישתמעו דבריו אצל הדיינים יותר מדברי שכנגדו, ואף שהדיין לכתחילה אומר לבוש כמותו כמבואר בסי' י"ח דמשמע שיש חשש שיסתתם טענת העני, מ"מ היינו בלבוש איצטלא חשובה ביותר ושכנגדו לבוש בגדים בזויים ביותר כמבואר שם בדברי הסמ"ע והש"ך. אבל בשביל עשרו לחוד, אין שום חשש חשד שהדיינים יסבירו לו פנים ולא מסתתמי טענת שכנגדו, ולכן בעינן דוקא מוחזק לאלם. אבל בגדול הדור או פרנס הדור, שפיר אפילו מן הסתם חושב הבעל דין שכנגדו שהדיין מתיירא מפני גדולתו ומסתתמי טענותיו".

ובשו"ת מהר"י הכהן (קמא) חחו"מ סי' ב' כתב - "מבואר בכנסת הגדולה שם, דלא לבד אם הוא אלם, רק אם הוא גדול החשובים בעירו באופן שיש לחוש שהדיינים שבעירו יתפעלו בדיעותיהם ממחשבותיו, שגם כן מחוייב לדון בעיר אחרת".

העולה מהאמור, שדין זה של טענת בעל דין אלם, נאמרה רק במי יש לחוש שאימתו מוטלת על הדיינים, כגון גדול הדור או פרנס העיר, שיש לו השפעה רבה על הנעשה בעיר, ויש לחוש שעקב מעמדו, הדיינים יושפעו מכך. ולפי מש"כ מהר"י הכהן דוקא במי שהוא גדול החשובים בעירו. ופשיטא שכל הנ"ל אינו שייך בנידון דידן. המציאות בימינו היא, שחבר במועצה הדתית בעיר אינו נחשב בציבור כפי שהיה נחשב פרנס הקהילה בדורות הקודמים, מאחר והתחום שבו עוסקת המועצה הדתית הינו מצומצם ביותר, ואינו כפרנס בקהילה בימים עברו, שהרבה מענייני העיר נחתכו על פיו. וכבר ישבנו בבית דינו בשנים האחרונות, במספר דיני תורה בהם היו מעורב ראש המועצה הדתית, ומעולם לא עלתה טענה שיש מקום לקיים דיון בעיר אחרת.

יצויין כי החתום מטה יושב בבית הדין בצפת עשר שנים, ועדיין לא זכה להכיר את התובע או לשמוע עליו (יתכן ופעם התובע הזדמן לבית הדין באיזה ענין). אילו התובע

ונראה לב"ד שבעירו שיש ממש בטענותיו. אבל בלאו הכי אין כופין אותו לילך עמו (טור). וי"א דלטענות נלך לב"ד הגדול אין חילוק בין תובע לנתבע, וכל אחד יכול לכופף חבירו לילך עמו (טור בשם ר"ת).

וכתב הרדב"ז בתשובה ח"ג סי' תקעח - "והוי יודע, דאע"ג דליכא האידינא לא בית הוועד ולא ב"ד הגדול, נוהג דין זה. שאם יש במקום אחד חכמים גדולים ומובהקים כופין אותו והולך ודן עמו שם, במלוה וכיוצא בה משום דעבד לזה לאיש מלוה. וכגון דליכא באתריה חכמים בקיאים בדיין, אלא תלמידים. אבל אם יש במקומו חכמים בקיאים, אפילו יש במקום אחר יותר בקיאים, אין כופין אותו אלא דן בעירו. וכן אני מדקדק מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק ששי מהלכות סנהדרין, וכן הדין בזה הזמן שאין שם ב"ד הגדול אבל יש מקומות שיש בהם חכמים גדולים מומחין לרבים ומקומות שיש תלמידים שאינם כמותם, אם אמר המלוה נלך למקום פלוני וכו' כופין את הלזה והולך עמו, וכן היו עושים מעשים בכל יום בספרד ע"כ. ומדפנת בחכמים גדולים מומחין לרבים וסיים בתלמידים, משמע שאם באותו מקום יש חכמים בקיאים אלא שאינם גדולים מומחין לרבים כאותם שבמקום האחר, אין כופין אותו ללכת שם. וכן בדין, כיון שיש במקום מי שיודע להוציא הדין לאמיתו, למה נטרח את זה ללכת למקום אחר".

ולפי זה גם לשיטות שהנתבע יכול טעון לבית דין הגדול קאזילנא, אין מקום לטענה זו בנידון דידן.

מלבד זאת, הרמ"א בסי' יד ס"א פסק - "וי"א דלטענות נלך לב"ד הגדול אין חילוק בין תובע לנתבע, וכל אחד יכול לכופף חבירו לילך עמו (טור בשם ר"ת). וכל זה מדינא, אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ב"ד בעיר אין אחד יכול לכופף חבירו שילך עמו לבית דין אחר (מהרי"ק שורש כ"א), כי אין לנו עכשיו בית דין הגדול או בית הוועד, ולכן לא יוכל לדחותו".

ועיי"ש בביאור הגר"א ס"ק יד דמבואר הטעם דאם מבקש לדחות לבית דין אחר, ניכר שהבקשה היא דחיה והשתמטות, ועל פי המבואר בב"ק דף קיג. לחוש לרמאות. החזו"א (סנהדרין סי' טו סוף סק"ה) כתב "דיינים העולים" מסוגיא זו, וז"ל - "וכן בזמן הזה דאין לנו בית דין הגדול, אין כופין את הלזה לירד לעיר אחרת ששם הבית דין גדול מבית הדין שבעירם, וכן הוא בתרומת הדשן סי' סה שסמך דין זה לדברי המרדכי בשם סמ"ג".

בסיום הדברים, יש להבהיר שלעניין הלכה זו, אין צורך לקבוע לבית דינו מעמד של בית דין קבוע, ודי בכך שיש בית דין בעיר צפת, על מנת לשלול טענה לקיים דיון במקום אחר. (לעומת המבואר ברמ"א בסי' ג' ס"א דאיירי דוקא בבית דין קבוע).

ה. הנתבע טען שהתובע מוחזק לאיש אלם, מאחר שהוא מחברי המועצה הדתית ומפרנסי העיר.

הפרק. בסיום מכתבו כותב הרב הראשי לצפת, כדלהלן - "נראה לי שהוא אף פעם לא יהיה מוכן לשבת ולהתדיין באיזה בוררות או בית הדין. לאור האמור הנני מציע לך לקבל את ההיתר של בית הדין לפנות לערכאות."

כעת בפני בית הדין בקשת התובע למתן כתב סירוב, ולקבל רשות לתבוע תביעתו בערכאות.

בטרם נדון בבקשה הנ"ל, יש להשיב לבקשת הנתבע, המבקש להגיע לדיון בבי"ד אחר, שבו הדיון יתנהל באידיש, ומבקש שלא לקיים דיון בבית הדין האזורי בצפת שבו מתנהל הדיון בעברית. וזאת מפני שיוכל להתבטא טוב יותר באידיש, ואילו בעברית הדיבור קשה עליו, ואינו מבין כראוי את הדברים הנאמרים.

אמנם, אילו היה הנתבע מסכים לחתום שטר בוררות אצל הרב הראשי לצפת, כפי שהודיע בתחילה, לא היה מקום לטענה זו והיו יכולים לקיים את הדיון באידיש כמבוקש, אך מטעם שאינו ברור לנו, הדבר לא עלה יפה, יש לקיים את הדיון בבית הדין האזורי בצפת, ולנתבע ינתן הזמן הנחוץ על מנת להסביר את טענותיו, וכן יוכל להביא עמו אדם נוסף הדובר אידיש ועברית רהוטה על מנת שסייע בידו.

מצינו בגמרא במסכת מכות דף ו: גבי הנו לעווי דאתו קמי" דרבא, דאוקי מתורגמן ביניהם - "רבא מידע הוה ידע מה דהוו אמרי, ואהדורי הוא דלא הוה ידע", ובכה"ג אינו נידון כדיין השומע את בעלי הדין מפי המתורגמן (לשיטת הרמב"ם דהסוגיא לא איירי בעדים, והני לעווי הם בעלי הדין). הרי מבואר שאם הדיין מבין את דברי בעלי הדין, אלא שאינו בקיא בשפתם לדבר עמם בשפתם, אינו נידון כסנהדרין השומעת מפי המתורגמן. ועל כן גם בנידון דידן, אם הדיון יתנהל בעברית ובנחת, הנתבע יוכל לטעון את עיקרי טענותיו בעברית, והדיינים ישמעו מפיו את טענותיו. וכן הנתבע יוכל להבין את הנאמר בדיון לאשורו, ומה שלא יבין יוסבר לו כנדרש, ולא גרע מהמבואר בגמ' על רבא, דמידע ידע מה דאמרו, ולא יהא מקום לחשש שהנתבע כבעל דין השומע את הדיינים מפי מתורגמן. וגם אם לא יוכל להציג את כל דבריו לבית הדין בעברית, ומקצת הדברים יאמרו באידיש, מסתמא הדיינים יבינו היטב את הנאמר באידיש, גם אם אינם רגילים לדבר באידיש.

אך ליתר ביטחון על מנת שלא יהא ספק, הנתבע יביא עמו מתורגמן שיתרגם את דבריו, ואין בכך כל ריעותא, יעויין בחזו"א חחו"מ סי' ד' סק"ז שכתב - "וכמדומה דעכשיו נוהגין להתיר בין לתובע ובין לנתבע, להעמיד עוזר לו בטענותיו". בסיום דבריו העלה החזו"א כי הקיום למנהג זה תלוי בהסכמת בעלי הדין, ומאחר ובנידון שלפנינו, לנתבע נחוץ מתורגמן, די בהסכמת התובע לכך.

מלבד זאת, מזה שנים רבות, מקובל בכל בתי הדין לאפשר לכל בעל דין, להביא עמו מורשה, בין תובע ובין נתבע, וכפי שמובא בחזו"א. ודבר זה מעוגן בתקנות הדיון

היה אדם אלם ותקיף בעירו, ללא ספק שבעקבות אלמותו ותקיפותו הייתי זוכה לשמוע עליו.

ולסיום פרק זה, ראוי לציין בזה מש"כ בשו"ת רמ"ץ חחו"מ סי' ד', וז"ל - "כל זה תליא בראות עיני בית הדין ... בעיקר החשש דנשיאת פנים וסתומת טענות, אם רואין הבית דין דתואנה הוא מבקש, אין להטריח לכנגדו בזה, וראוי להתאמץ שיתרצה לדון בעירו. ומנא אמינא לזה, ממה שמבואר בתשובת חכם צבי סי' יד דעיקר החשש בזה משום קלקול הדורות, וכעת בעו"ה נתקלקל הדור ביותר, עד שכמעט גלה כבוד וירחב הנער וכו' והנקלה בנכבד והלב יודע וכו' וחוצפא יסגא. ואין לחוש כל כך לסתימת טענות או לנשיאת פנים, דכמעט אימת הנקלים על בית הדין יותר מהנכבדים, ודי בזה למשכיל".

מסקנת הדברים

א. חזרנו על כל הצדדים, ולא מצאנו בדברי הנתבע עילה מוצדקת להמנע מלהופיע בבית הדין ולחתום על שטר בוררות כמקובל, ולקיים דיון בתביעה.
ב. במידה שהנתבע יסרב לחתום על שטר בוררות ויסרב לקיים דיון בבית הדין, לא יהא מנוס לקבוע כי הנתבע מסרב לדון תורה, עם כל הנובע מכך.

פסק דין נוסף שניתן באותו נידון

לפני כשבעה חודשים הוגשה לבית הדין תביעה לתשלום ממון, מטעם התובע א. למעשה עד היום לא התקיים כל דיון בתביעה. ביום ... ניתנה החלטה מנומקת שבה נדחו כמה טענות שהועלו ע"י הנתבע ב.. במסקנות ההחלטה הנ"ל נכתב - "חזרנו על כל הצדדים, ולא מצאנו בדברי הנתבע עילה מוצדקת להמנע מלהופיע בבית הדין ולחתום על שטר בוררות כמקובל, ולקיים דיון בתביעה. במידה שהנתבע יסרב לחתום על שטר בוררות ויסרב לקיים דיון בבית הדין, לא יהא מנוס לקבוע כי הנתבע מסרב לדון תורה, עם כל הנובע מכך".

הצדדים הוזמנו לדיון, והתובע הופיע וחתם על שטר בוררות כמקובל, אך הנתבע לא הופיע. ובאותו יום נתנה החלטה מטעם בית הדין בה נקבע, כי במידה ועד יום ... הנתבע לא יחתום על שטר בוררות, התובע יקבל היתר להגיש תביעתו בערכאות.

מאחר והיה נראה מתוך מכתבו של הנתבע, כי יסכים לקיים את הדיון תורה בפני הרב הראשי לצפת, והתובע הסכים לכך, בית הדין הודיע לצדדים על אפשרות זו.

כעת התברר שלא נחתם שטר בוררות המסמך את הרב הראשי לצפת לדון בענין.

בפני בית הדין עותק ממכתבו של הרב הראשי לצפת הרה"ג הרב לוי ביסטריצקי שליט"א שנכתב אל התובע, ממנו עולה כי הרב הראשי נפגש עם הנתבע, ולאחר מכן החליט שאינו יכול לשמש כבורר בתביעה העומדת על

אך מהרש"ם בתשובה חלק ד' סי' כד כתב בלשון זו - "מבואר בתומים ונה"מ סי' כ"ו בשם כנה"ג דגם לענין רשות לתבוע בערכאות, היכי דרוצה לציית דין רק בפני ב"ד אחר אפילו זוטרי מיניה, או אפילו לפני ב"ד בעיר אחרת, לא דיינינן ליה כדין מסרב, ואסור לב"ד שבעיר ליתן רשות לילך בערכאות. והן אמת שהעטרת צבי שם כתב דאין נוהגין כן, וגם אני במק"א כתבתי דמקור דברי כנה"ג הם ממהרשד"ם והוא קאי להטוברים דמצי לטעון לב"ד הגדול אזילנא, משא"כ בזה"ז דקיי"ל כהרמ"א".

ובשו"ת רמ"ץ (להג"ר מאיר צבי הירש וויטמאיר ז"ל) חלק חו"מ סי' ה' הזכיר את מש"כ התומים בשם כנה"ג, וכתב - "אך גוף הדבר צ"ע, למה לא יוחשב הנתבע סרבן כשאינו רוצה לדון במקום שמחוייב מעיקרא דדינא. ואם מיירי באופן שהיה הנתבע יכול לכופו מעיקרא דדינא ללכת עמו לבית דין הגדול, רק שכבר נהגו לדון בעירם, כמ"ש הרמ"א שם, שפיר יש לומר, דלתת רשות לשכנגדו ללכת לערכאות וליקר וכו', לא נהגו, דמנהג נגד הדין צריך להיות מבורר היטב כנודע, וי"ל דעל זה לא היה המנהג, אך המה לא מיירי מזה, כמבואר בלשונם. ועיינתי בספר כנה"ג ז"ל ... עכ"ל. והנה ספר תומת ישרים ותשובת מהרשד"ם ותשובת מהר"מ מטראני אין תחת ידי, אך מדכתב על דבריהם וכן כתב מהרי"ק בשרש א' וקנ"ד, וראיתי היטב במהרי"ק, ולא מיירי בגוונא דהנתבע אינו רוצה לדון במקום שמחוייב לדון מעיקרא דדינא, ואדרבה בשרש א' האריך לבאר דמעיקרא דדינא אין הנתבע מחוייב ללכת לדון לעיר התובע לוירצבורק, לאשר הנתבע דר במקום אחר, ואף לפי דעת ר"ת אינו יכול לכופו כי אם ללכת לפני בית דין הגדול, וגם זאת דוקא בהלואה דעבד לזה וכו' אבל בלא"ה מצי הנתבע לומר לא אדון בפני בית דין זה אלא בפני בית דין זה, אף שקטן הוא מאחר, וכדעת הסמ"ג והמרדכי, והאריך לבאר עוד יותר דבי"ד שבירצבורק פסולים לדון זה כנוגעים. וכן בשרש קנ"ד מיירי מעיקרא דדינא להצדיק הנתבע עיי"ש, וא"כ י"ל דגם בתומת ישרים ובמהרשד"ם מיירי בנידון דמהרי"ק מדהשוה אותם, ולא בא בעל כנה"ג כי אם לאסוף ולהביא לאסוף ולהביא דברי בעלי התשובות בנידון שבא לפניהם, ולא להשמיע דין חדש דהנתבע לא מיקרי סרבן כשאינו רוצה לדון במקום שמחוייב לדון מעיקר הדין, רק במקום אחר. והנה אין משוא פנים בדין תורה, ונראה שהתומים והנמשכים אחריו אגב רהיטא לא העתיקו יפה דברי בעל כנה"ג, ואם היו לפניהם דברי המחברים שהביא, לא הו"ל לסתום, כי אם לבאר מה שנמצא בדבריהם.

ולדינא נראה, דכל זמן שיש להנתבע פתחון פה לטעון לילך למקום אחר, כגון לבית דין הגדול, דלדעת קצת פוסקים גם הנתבע יכול לומר כן מעיקרא דדינא, או כשהשני בתי דינים המה בעיר אחת, ורוצה הנתבע לדון לפני הקטן, כדעת הסמ"ג, ודאי דהדין עמו, ומצי למימר קים לי כהך דעה. ולחומר איסור לדון בדיני אומות העולם ודאי דאין

של בתי הדין תקנה מזו. ונהגו, כמעשים שבכל יום, שלא לבקש הסכמת הצד השני להסדרת ייצוג באמצעות עורך דין או טוען רבני, וה"ה ביחס לבעל דין המביא עמו מתורגמן, המתורגמן יוכל יקבל מעמד של מורשה, ובית הדין יאשר למורשה לייצג את הנתבע, גם בלא לבקש הסכמת הצד השני לכך, והנתבע יטען את טענותיו והמורשה ישלים את הנחין.

מלבד זאת, כל טענות הצדדים הנאמרות בדיון בבית הדין, נרשמות בפרוטוקול, ואם יעלה חשש שדבריו לא הובנו כראוי, קיימת האפשרות לברר זאת באמצעות הפרוטוקול.

סיכומו של דבר אין מקום לטענת הנתבע שלא להופיע לדיון עקב עילה זו.

מאחר שהתובע והנתבע מתגוררים בעה"ק צפת, הרי שמקום הדיון הוא בבית הדין הקבוע בעיר, וכפי שיבואר להלן - הטור חו"מ סי' ג' פסק - "ואלו השלשה דנין לאדם בעל כרחו, בד"א שהנתבע מסרב לירד לדון, או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו, אבל אם רוצה לדון עמו בעירו, אלא שאין חפץ בשלשה שבייר התובע, אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד". וכן פסק מרן הב"י בשו"ע שם.

וכתב על זה הרמ"א - "נ"ל דווקא בדיינים שאינם קבועים, אבל אם דיינים קבועים בעיר, לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר, וכן נוהגין בעירנו".

ויש לציין שהרבה פוסקים פסקו בפשיטות כדעת הרמ"א ועיין לעיל סי' א' שהבאנו את דעת הפוסקים שהסכימו לדינא עם פסק הרמ"א, ובביאור הלכה זו.

נחזור לנידון שבפנינו, מעיון בהשתלשלות העניינים, אין מנוס אלא לקבוע שהנתבע מתחמק מלעמוד לדון, על כן התובע רשאי להגיש תביעתו בערכאות.

בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף ב' פסק - "היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להציל ממנו בדייני ישראל, יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדייני עובד כוכבים מיד בעל דינו". וכתב הרמ"א - "וכל זה דווקא כשאינו רוצה להיות ציית דין, אבל בלאו הכי אסור לבית דין להרשות לדון לפני עובדי כוכבים".

אמנם בספר כנסת הגדולה חו"מ סי' כו הגהת הטור ס"ק כו כתב - "כל זמן שהוא ציית דינא וכו'. נ"ב ומי שלא רצה לדון בעיר התובע, כל שהוא מפוייס לדון בפני בית דין יפה, ציית דינא מקרי, תומת ישרים סי' קצ"א, והרשד"ם ז"ל בחלק אה"ע סי' כו כתב, דאפילו להתדיין בפני בית דין קטן מהראשון, ציית דינא מקרי, וכן כתב מהרי"ק בשרש א' ועיין בשרש קנ"ד".

והתומים בסי' כו ס"ק יג הביא את דברי כנה"ג, וכתב - "אבל אם הוא אלם וכו'. ואם רוצה לציית דין רק לפני בית דין אחר, אפילו דוטר מיניה, או לפני בית דין בעיר אחרת, ציית דינא מקרי, ולא דיינינן ליה בדין אלם, כנה"ג בשם מחברים רבים". וכן כתב התיבות בסי' כו בחי' ס"ק יג.

לצפת התרשם כי כל מגמתו להתחמק מלעמוד לדין, על כן בכה"ג גם לשיטת ערוך השלחן שפסק כתומים, נותנים רשות לתבוע בערכאות, וכמסקנת שו"ת רמ"ץ בסוף דבריו.

שאלה נוספת המוטל עלינו לברר בטרם ינתן פסק הדין המתיר לתבוע בערכאות, היא - האם מוטל על בית הדין לברר שהתובע אמנם צודק בתביעתו, בטרם יאפשרו לו ללכת לערכאות, שהרי לכאורה יתכן והנתבע יחוייב בתשלום ממון שאין ראוי לחייבו על פי דין תורה.

והנה בספר נתיבות המשפט סי' כו סק"ג כתב - "ומציל בדיני העכו"ם ... נראה דמיירי באופן שידוע החוב לדייני ישראל, כגון במלואה בשטר וכיוצא, דבמלואה על פה אי אפשר לדייני ישראל ליתן לו רשות להוציא, דאימר אינו חייב לו כל כך, רק משמטין אותו כשאינו רוצה לבוא". ולפי דבריו אין לבית הדין לתת רשות לתבוע בערכאות אלא לאחר שהתברר לבית הדין שיש לחייב את הנתבע. אך רבו החולקים על שיטת הנתיבות.

בשו"ת לחם רב סי' פח הביא את לשון הרמב"ם בסוף הלכות סנהדרין שכתב בלשון זו "היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו". ומאידך הבי"ח סי' כו כתב - "וז"ל רבינו שרירא גאון ... מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואינם יכולים להוציא ממנו, ויש ביניהם מקום בי דואר של גוים שאינו לוקח שוחד, ומקבל עדות מישראל על חבריו, יש רשות לזקנים ותלמידים שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה, ומצוה לעשות כן". וכתב בספר לחם רב - "לכאורה נראה דהרמב"ם ורב שרירא חולקים, דהרמב"ם לא כתב דבית דין מטפלין להציל מבעל דינו. אבל כתב הרב מהריב"ל בפסקיו ח"ג שאלה מ"ח דבר נכון להשוות הדעות, דהרמב"ם איירי היכא דלא בא האלם לבית דין, וכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לא אלא שאינו רוצה לעמוד לפני דייני ישראל, ומשום כך אין חייבים בית דין להטפל בענין, אלא שנותנים לו רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבעל דינו. אבל אין הכי נמי דיודה הרמב"ם, היכא דנתברר הדבר וחייבוהו בית דין להטפל בדבר, ועל ידי הזקנים והתלמידים יוצאו לאור משפטו, וכמו שכתב רב שרירא גאון".

מבואר, דמהריב"ל והלחם רב פשיטא להו דבמקום שהנתבע מסרב לעמוד לדין בפני דייני ישראל, נותנים רשות לנתבע, ואין מקום לבירור התביעה בהעדרו של הנתבע, בטרם ירשוהו לתבוע תביעתו בערכאות. וכן בספר ישועות ישראל סי' כו סק"ב הביא את דברי מהריב"ל וכתב שנראה מדבריו דלא כנתיבות, וסיים - "מיהו לעיל סי' יד כתבתי דאם חייב שבועת היסט, כיון דלא נחתין לנכסיו מצד הדין, אין נותנין רשות, אלא שנשתרבו המנהג ליתן רשות גם בזה".

וכן בספר אמרי בינה דיני דיינים סי' כו הוכיח שלא כשיטת הנתיבות והביא עוד אחרונים שהסכימו למש"כ

להתיר לשכנגדו ללכת בערכאות. ואף שהרמ"א בסי' י"ד מביא מתשובת מהרי"ק בשרש כ"א ומדברי המרדכי דעכשיו אין לנו בית דין הגדול, ומחשש רמאין, המנהג שמחוייב לדון בעיר התובע, עיין היטב בתשובת מהרי"ק הנ"ל. מ"מ כיון דאינו אלא מצד המנהג, י"ל דבזה לא נהגו לתת רשות לאידך ללכת בד"ה וליקר שם וכו', אבל אם אין טענת הנתבע לבית דין הגדול וכדומה, שאין שום דעה בין הפוסקים המובא בשו"ע (אשר קבלנו ללכת אחרי דברי השו"ע, כמבואר בתומים בס"ס ת"כ משם תשובת חוות יאיר), ודאי דסרבן מקרי, ובפרט היכא דבית דין רואים שבעקבה ובמרמה מתהלך, נותנין רשות לתבוע ללכת בדא"ה, אחרי ההתראה כדינו, עכ"ל שו"ת רמ"ץ.

אמנם ערוך השלחן חו"מ סי' כו סעיף ה', נמשך אחר דברי התומים והנתיבות, אך הוסיף ערוה"ש, שאם בית הדין נוכח לדעת כי הנתבע מתחמק מדיון שלא כדין, דיינין ליה כסרבן. וז"ל ערוך השלחן - "אם הנתבע מסרב לבוא לבית הדין, יתנו בית דין רשות כמו שכתבנו בסעיף ב'. אמנם אם אומר שרצונו לדון בבית דין אחר ולא בבית דין זה, אם אין זה דרך דיחוי לפי הבנת הבית דין, צריך לילך עמו לבית דין אחר".

ובשו"ת נאות דשא סי' נא כתב - "וחכם אחד רצה לדחות ולומר דלמא מסרב אינו נקרא אלא כשאומר בפירוש שאינו רוצה כלל לעמוד לדין, אבל כל שאומר שרוצה לעמוד בדין, רק שלבו בל עמו ועושה דחיות והשמטות ועי"ז מוכרח שכנגדו להוציא הוצאות, אין זה נקרא מסרב ואין צריך לשלם הוצאות. והשבנו לו שדבר זה הוא זר בסברא ואין הדעת סובלתו כלל וכלל ... הדין פסוק בתשובת רמ"א סי' קח וז"ל בקצרה - אני מיפה כח האלמנה לגזור על כ"ה שלמה שתוך ל' ידון עמה ולא ימשיכנה בתוחלת ממושכה, רק הוא ימציא עצמו לדון עמה. ואם ימשיכנה עוד בהמשכות ודחיות כדי שלא יהיה גמר לדבר זה תוך ל' ינתן לה רשות לתבוע בערכאות של גויים ויתחייב כל הוצאות והזקות שיגיע לה על ידי זה כדן המסרב עכ"ל בקצרה. הרי מבואר דדין העושה דחיות והשמטות כדן מסרב".

מסקנת הדברים - על פי הדין, מקום הדיון בתביעה שלפנינו היא בבית הדין האזורי בצפת שהוא בית הדין הקבוע בעיר, ואם הנתבע מסרב להופיע לדין, דינו כמי שאינו ציית דינא, שדינו מבואר בשו"ע וברמ"א סי' כו שיש להתיר לתבוע לתבוע את תביעתו בערכאות, וכדעת הגאון מהרש"ם בשם עטרת צבי שהמנהג למעשה הוא שלא כדעת התומים. אמנם אם בית הדין היה מתרשם כי אין כוונת הנתבע להתחמק מלעמוד בדין, אלא מבקש בכנות לקיים דיון בבית דין אחר, היה מקום לפלפל ולדון בהלכה זו, אם ניתן להתיר לתבוע בערכאות, ולעיל הבאנו הדעות בזה, אך מאחר שנוכחנו לדעת שהנתבע העלה טענות רבות במגמה שלא לקיים את הדיון, ולא היה צדק בטענותיו, אלא כוונה לדחות מעליו את החובה להופיע לדין, והניסיון לקיים דיון אצל הרב הראשי לצפת לא עלה יפה, וגם הרב הראשי

מהר"ם שיק חח"מ סי' ב', ועיי"ש שהביא דברי הרמב"ם פכ"א מסנהדרין ה"ד שאסור לדיין לשמוע דברי טענת בעל דין בלא חבירו ועל זה נאמר לא תשא שמע שוא, וכתב מהר"ם שיק - "וא"כ איך רשאי לשמוע דברי בעל דין יחידי, והתורה קראה שמע שוא ... האיסור לאו דבית דין דאינם יודעים אם משקר, והכתוב קראה שמע שוא, איך רשאי לשמוע, ואפילו בגברא דלא ציית, הרי לעבור על לא תעשה אסור, אפילו צריך לבזבו כל ממון כדקי"ל ביו"ד סי' קנ"ז, ולא זה הוא מן התורה ונמנה ברמב"ם במנין המצוות."

אמנם בערוך השלחן חו"מ סי' כו סעיף ב' הביא להלכה את דברי הנתביבות, והוסיף שבמקום שלא ברור לבית דין החיוב יקבלו את טענות התובע וראיותיו ועדיו על מנת לברר העניין עד כמה שידם מגעת בהעדר הנתבע, ואם יגיעו למסקנה שיש מקום לחייבו לנתבע, יתירו לתובע לתבעו בערכאות. אך לפי המבואר לעיל רבו הפוסקים שדחו את דברי התומים הנתביבות מהלכה, וכתבו שכן סוגיא דעלמא והמנהג, ומבואר שאין מתקיים דיון במעמד צד אחד בטרם יתירו לתובע לתבעו בערכאות, וכפי העולה מפשיטות לשון הרמב"ם והשו"ע ושאר הפוסקים שלא הזכירו כלל עניין זה.

אלא שעלינו להודיע לתובע שההיתר מתייחס רק לזכותו לתובע את ממונו בערכאות, אך אם בערכאות יפסקו לתובע ממון שאין ראוי ליטלו על פי דין תורה, כגון ריבית או הוצאות משפט במקרים מסויימים, שאסור לו ליטול ממון זה, ואם אינו בקיא בהלכה, ילך אצל חכם ויברר ההלכה בזה.

מכל האמור פסקנו - בנידון דידן לאחר שהוברר שהנתבע מתחמק מלהופיע לדין תורה במקום שבו שהוא מחוייב בכך, בית הדין מתיר לתובע לתבעו תביעתו בערכאות, ואין צורך לקיים דיון מוקדם בבית הדין על מנת לברר אם יש מקום לתביעה.

סימן ד

האם ראוי שבית הדין ינדה את המסרב להופיע בפניו

חיים ב"ר שמואל בספר צרור הכסף (דרך א' שער א' אות א') שכתב וז"ל - "ואם לא רצו הדיינים לנדות למורד לבוא לדין, הרשות בידם", ושלא כדעת מהר"ם מינץ סי' פג, שנקט שזו חובה המוטלת על בית הדין.

בימינו קיימים כמה טעמים שלא לנקוט בצעדי כפייה באמצעות חרם. ראשית, צעד זה של הטלת חרם אינו מצוי כלל והציבור יראה זאת כמילתא דתמיהה, והרבים יכשלו ולא יקיימו את החרם כמתחייב בהלכה הנוהגת ביחס למוחרם, ועלול להיגרם זילותא דבי דינא בהעדר ציות לפסק הדין.

מלבד זאת, חרם הוא דבר חמור, יעויין בשו"ת משיב דבר ח"ב סי' סו שכתב שבעת מלחמה אם עוברים על החרם יש

מהריב"ל הנזכר. וכתב האמרי בינה על דברי הנתביבות - "סוגיא דעלמא אזלי בתר איפכא, ונותנין בכל בית דין רשות ללכת בערכאות נגד מסרב. דאם לא כן לא שבקת חיי וכל אחד שיש לו דין ודברים עם חבירו, אם אינו ידוע להבית דין מחוב ברור יפסיד את שלו, כי גם אם משמתין אותו לא ישגיח בזה וימצא מסייעים בעוה"ר ... וא"כ יאכל הלה ולחדי ... ועוד הא אף בשטר, אם הלה אומר שיש לו טו"ת נגד השטר ג"כ לא הוא דין ברור, ועיין תשובת הרמ"א שם וגם סי' קח דמשמע ג"כ באם אינו רוצה לבוא לבית דין, אף בחוב שאינו ברור לבית דין, ונותנין לו רשות ... וכן מבואר בתשובת משפטי שמואל (סי' קי"ד) דכיון שאינו רוצה לעמוד עמו לד"ת כמי שנתחייב דמי, ורשאי ללכת בערכאות, והכי אזיל סוגיא דעלמא ודלא כנתביבות."

וכן בספר ערך שי חו"מ סי' כו, דחה את דברי הנתביבות, ובתוך דבריו באר הטעם דאין צריך שבית הדין ידע שאמנם הנתבע חייב. וז"ל - "ביש"ש בסוף פרק החובל סי' סה כתב דלפניהם ולא לפני נכרים, היינו כשציית דינא, אבל באלם מותר מהתורה לילך בדיני א"ה בלא נטילת רשות מבית דין, רק תקנה הוא שנהגו בבתי דינים שבישראל שלא לדון בדא"ה בלא נטילת רשות עיי"ש. וא"כ כשאין ידוע לבית דין וידוע בעצמו, מה"ת יתקנו בזה לרשיעי דלא ציית דינא לילך לדייני ישראל, וכעין שכתב בשו"ת רש"ל ס"ס דתקנתא לרשיעי ניקו ונעביד, ולמה נודקק לו לאסור על בעל דינו מלילך לערכאות ... בעל דין עצמו דיועד דמגיע לו, אין לנו לאסור לו מלילך בערכאות ולתפוס על ידם להציל את שלו כיון שאי אפשר להציל בדיני ישראל."

לכן במקום שהנתבע מסרב להופיע לדין תורה, בית הדין נותן לתובע רשות לתבעו תביעתו בערכאות, ואין מוטל על בית הדין לדון ולברר את התביעה, מה עוד שלא ניתן לברר את התביעה בהעדרו של הנתבע, המסרב לבוא לדין, עיין

בפנינו תביעת ממון שהתובע הגיש כנגד הנתבע, אך הנתבע סרב להתייצב לדין.

בתגובה לסירובו של הנתבע, התובע בקש שינתן כתב סירוב כמשמעותו ביו"ד סי' של"ד, דהיינו לנדות את הנתבע, כסרבן שאינו ציית דינא.

בתגובה לבקשה זו, בית הדין הבהיר לתובע שאנו נוהגים לצייין בפסק הדין שהנתבע סרב להופיע לדין תורה והתובע רשאי להגיש תביעתו בערכאות, אך אין נוקטים בצעד של חרם ונידוי.

מאחר שהתובע בקש לקבל החלטה מנומקת, יובהר כדלהלן. ראשית, נציין לדעת הרשב"א שבית הדין אינו מחוייב לנדות את המסרב, והובאה דעתו בספרו של תלמידו רבי

בשולי הדברים, יש לציין כי נושא זה של אמצעי הכפייה שינקטו על מנת להביא את הנתבע לדין תורה, הוא נושא שהתובע כבר אינו צד בו, לאחר שכבר קבל רשות לתבוע את תביעתו בערכאות ובמידה שהוא צודק בטענתו יוכל להוציא את שלו, ואין להניח שדוקא בבית הדין יוכל להוציא את שלו ולא בערכאות. אלא שהוטל על בית הדין להעמיד את הדת על תילה, כשהדבר ניתן, יעויין היטב בשו"ת הרשב"א ח"ה סי' קנג, על כן יש מקום לשיקול דעת בית הדין כאמור לעיל.

קיטרוג על עם ישראל, וכמעשה עכן במלחמת העי, על כן בזמנינו אין להכנס לכך.

אין היתר שלא להופיע לדין בדין תורה, ויש איסור בדבר, ובשל כך נקבע בשו"ע חו"מ סי' יא ויר"ד סי' שלד דין נידוי בנסיבות אלו. אך כיום בית הדין אינו נוהג לפסוק, בפסק דין מעשי, מה הן ההשלכות המעשיות מהסירוב להגיע לדין בדין תורה, וכל רב בקהילתו רשאי לנהוג בדרך היעילה והנכונה בעיניו, על מנת להביא את הצדדים לדון בדין תורה, לחץ חברתי בליווי הסברה מתאימה.

סימן ה

מקום הדיון בדין תורה שבין בעל לאשה

שבט תשנ"ד

אביה, כדין תובע הולך אחר הנתבע. והשיב הבעל שלפי דבריו שהיא מורדת ואין עליו איסור חרגמ"ה, ולענין איסור זה הוי איהו הנתבע, אשר על כן מוכרחת שתבא לדון לפני בי"ד שבעירו. ודברינו אלה בתשובתי הלו, וגם מ"ש לקמן אות י"ז דלענין חרגמ"ה לאו היא הבעל דין רק הבית דין, כל זה מסייעים קצת לטענות הבעל בזה. אך שלא היה לי באפשר אז להשיב ... ואמרתי לא אדון אנוכי בדבר הלזה".

ועיין בשו"ת מהרש"ם ח"ד סי' כד שכתב - "והנה באמת הברית אברהם לא החליט כלל הדין כן, שכתב שדעתו נוטה קצת לדברי הבעל".

בדעת הברית אברהם, נראה שהבעל נחשב כנתבע רק בנידון שם, שהבעל תבע שיתירו לו חדר"ג אם אשתו לא תבוא לדור במקומו ולאחר שתוכרו כמורדת. אבל בנידון דידן שהבעל דורש שלום בית ואינו מבקש לשאת אשה על אשתו, אין הכרח לפסוק בעניינו מכח סברת הברית אברהם.

ועיין בשו"ת אגרות משה חלק חו"מ ח"א סי' ה' שכתב שבסכסוך שבין בעל ואשה, אם הוסכם בין הצדדים על גירושין אך עדיין קיימות תביעות הודיות העומדות לדין, בדין תורה כזה התובע הולך אחר הנתבע. אך אם האשה מרדה ועזבה את בית הבעל, והדין בבית הדין הוא בתביעת הבעל המבקש לעשות שלום ביניהם, במקרה כזה האשה הולכת לדון במקומו של הבעל. האג"מ כתב בזה שני טעמים, ראשית מטעם שמקומו של הבעל הוא מקומה שהרי היא צריכה לדור עמו במקומו. ועוד כתב האג"מ שהסברא בדין תובע הולך אחר הנתבע - "הוא מטעם שכתב הגר"א סי' יד ס"ק יח מהא דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, ושמעין מזה גם דין זה דהוא צריך למיזל להאסיא שיכול יותר לרפאות, וכיון שהוא במקום אחר צריך לילך לאותו המקום שם נמצא הנתבע שהם יוכלו יותר להביאו לדין לפנייהם מבי"ד שבמקום המלוה. ולכן לא שייך זה אלא בכל תובע ונתבע שליכא שום נידון קודם שאנו שומעין התביעה, אבל בדבר הידוע שיש נידון עוד קודם ששמעו טענות

פרטי המקרה

בפני ביה"ד תביעות הודיות של בני זוג. האשה תבעה מזונות וגירושין, והבעל הגיש תביעה להחזקת הילדים, וכן כתב שהוא מעוניין בשלום בית.

בפתיחת הדיון, הבעל העלה טענה לחוסר סמכות מקומית, ובקש שהדין יתקיים באזור מגוריו ועיסוקו, דהיינו בבית הדין בתל אביב.

בנידון שבפנינו, בני הזוג גרו יחד כמה שנים בצפת, ואח"כ עברו לגור באחד הישובים במרכז הארץ לאחר שהבעל מצא את פרנסתו באותו מקום. לאחר שלשה שבועות של מגורים משותפים בישוב הנ"ל האשה עזבה את ביתם עם שני הילדים לבית הוריה ומבקשת לחזור לדירתם הקודמת ללא בעלה. לדבריה, עזבה את הבית עקב אלימות הבעל כנגדה.

בתביעתו להעברת הדיונים לביה"ד בתל אביב, הבעל הסתמך על תקנה (1) בתקנות הדיון של בתי הדין הקובעות שתביעה בין בני זוג תוגש בביה"ד שבמקום מגוריהם המשותף האחרון.

עלינו לברר שתי נקודות, מהו מקום הדיון בסכסוך שבין בעל לאשה, מצד עיקר הדין. ומה קובעות תקנות הדיון של בתי הדין.

מקום הדיון בדין תורה שבין בעל ואשתו

בשו"ע חו"מ סי' יד ס"א נפסק שהתובע הולך אחר הנתבע. יש מקום לברר, מה הדין כשמתקיים דין תורה בין בעל לאשתו, מי התובע ומי הנתבע.

בפתחי תשובה אה"ע סי' עה הביא מתשובת ברית אברהם חלק אה"ע סי' צב אות יד שדן בשאלה זו. הברית אברהם כתב - "בדברי ריבות שבין איש לאשתו אודות מקום דירתם, ובתוך טענות הבעל באה טענה שניה נגד דברי אבי האשה שיבוא לדון לפני בי"ד שבעירו, והאשה היא אצל

ב"כ הבעל הסתמך בטענתו לחוסר סמכות מקומית על תקנות הדיון בהם נאמר בסעיף (י) - "תביעה בין בני זוג בענייני אישות תוגש לבית הדין הרבני של מקום המגורים האחרון של בני הזוג".

נראה שהטעם בתקנה זו היא עפ"י סברת המהרשד"ם חח"מ סי' קג וסי' שפו שאם נעשה עסק בין שני אנשים במקום מסוים, אנו תולים שמסתמא קיימת הסכמה ביניהם שאם יתעורר ביניהם דין תורה בעניין העסק, שידונו במקום העסק. ואף אם הנתבע דר במקום אחר, הוא צריך לבוא לדין במקום בו נעשה העסק. וממילא ראו מתקני התקנות לראות דין תורה בסכסוך שבין בני זוג כדין סכסוך על עסק שנעשה בין שני צדדים שמקום הדיון בסכסוך על העסק הוא המקום בו נעשה העסק. ועיין בספר יביע אומר חלק ב' ח"מ סי' ד' אות ה' ובשו"ת מחזה אברהם ח"ב אה"ע סי' ח'. וע"ע להלן סי' ו' במה שכתבנו באריכות בביאור סברת מהרשד"ם.

ולפי זה, אמנם מגורים של ימים ספורים אינם נחשבים כעסק שיש לדון עליו, מאחר וכשבאו לגור לימים ספורים לא ראו את המגורים כעין פתיחת עסק משותף במקום חדש, אבל כשבאו לגור לתקופה ארוכה, וכבר גרו יחד באותו מקום שלושים יום, ברור שאלו הם מגורים שיש לראותם כעסק בין בני זוג ויש לדון בתביעות ההדדיות במקום העסק. היה מקום לומר שבפרק זמן שאינו שלושים יום, ועל פי הדין אינם נחשבים כיושבי העיר, לענין כמה הלכות בתורה, כגון לענין יושבי עיר הנידחת דמפורש בפסוק "הכה תכה את יושבי העיר ההיא", ולענין המודר הנאה מיושבי העיר, (עיין מסכת סנהדרין דף קיב.), על כן מאחר ואינם בגדר יושבי העיר ממילא הם רק בגדר אורחים, וביחס לבני זוג שהם בגדר אורחים, אין הסכמה לראות את המקום בו הם מתארחים כמקום העסק. אלא אם כן קיימת הוכחה אחרת שהם קבעו מקום זה כמקום מגוריהם, וכפי שיתבהר להלן עפ"י תשובת הר"ן.

אבל לאחר ל' יום שהם בגדר "יושבי העיר", נראה שמקום זה בו דרו שלושים יום הוא מקום הדיון. ומה שהוזכרו י"ב חודש במסכת ב"ב דף ז', היינו לענין שיחשב כאחד מ"בני העיר", וכשותף מלא בעיר ולשאת עמם בעול, ולהיות מחוייב בחיובי הממון ההדדיים של כל אחד מבני העיר, אבל בגדר "יושבי העיר" הוא נחשב כבר לאחר ל' יום. ואף ביחס לגדר "בני העיר" עיין בשו"ע סי' קסג ס"ב ברמ"א, אך אכמ"ל בזה, מאחר שברור שאין צורך בקביעות כזו היוצרת חיובי ממון כלפי בני העיר. עכ"פ מאחר ובתקנות הדיון לא נכנסו לחילוקים, על כן כל שיצאו מגדר אורחים, ודרו בעיר שלושים יום, התקנה חלה עליהם. ובמקרה הנוכחי שגרו יחד באותו מקום רק שלשה שבועות, אין להורות על מקום הדיון במקומו של הבעל אלא אם ימצא טעם לדונם כיושבי אותה העיר מפני מעשה המוכיח שבכוונתם להשאר במקום זה, וכמו שיבואר להלן עפ"י תשובת הר"ן, ואמנם יתכן שבנידון שבפנינו קיימת הוכחה מתאימה.

מהתובע, כמו הכא באשה שנסעה מבעלה ובאה לכאן שהכל רואים שהבעל הוא תובע ממנה שהיא מורדת, והיא נתבעת שצריכה להשיב, שנמצא שאף שלא בא לבי אסיא יודע האסיא, לא שייך סברא זו, אלא יש לדון כדין נתבע שצריך לילך לבית הועד כשרוצה התובע ... אפילו אם בשאר תביעות ליכא דין זה, באשה שמשועבדת לו יש להיות כדין לזה למלוה מטעם זה שהיא כעבד לזה. ואף אם יש לה תביעות שתובעת גם ממנו, הרי לענין תביעותיה לא ידוע עד שתטעון, שלכן הרי היא צריכה לבוא למקום בעלה הנתבע כדין תובע הולך אחר הנתבע כשהן בשני מקומות שצריך לילך למקום הנתבע ... ונמצא שבין מצד תביעתו ובין מצד תביעתה צריכה לילך למקומו, עכ"ל.

אך דברי האג"מ בהבנת הסברא שכתב הגר"א בדין תובע הולך אחר הנתבע, צ"ע. דהאג"מ סבר שהכוונה היא דבעלמא כשאדם תובע את חבירו, אין ידוע שיש ממש בטענתו כל עוד לא הגיש את התביעה והחל הדיון, ובכה"ג אין מקום לחייב את הנתבע לזוז ממקומו, משא"כ בתביעת בעל כנגד אשתו שעזבה את הבית, עוד בטרם הדיון, כבר ברור שיש ממש בתביעה.

אך לכאורה הדברים צ"ע. מפשטות כוונת הגר"א נראה שהסברא היא סברא פשוטה, שמי שכואב לו הכאב הוא צריך ללכת למקומו של הצד השני שלא כואב לו, ושלא ניתן לחייב את הנתבע שלא כאיב ליה להגיע למקומו של התובע. אך אין הדבר תלוי כלל במה שידוע עוד קודם הדיון שקיים כאב. ואין נ"מ האם יש ממש בטענה עוד בטרם החל הדיון. ומה שכתב האג"מ שמאחר ובתביעת הבעל לא שייכת הסברא דמאן דכאיב ליה ממילא האשה משועבדת ללכת לבית הועד, יש לדון טובא מנא ליה לומר כן, ומנא ליה להשוות לדין שעבוד הלזה למלוה. אך אף אם נקבל הנחה זו עכ"פ מנלן לחייבה ללכת למקום מגוריו של הבעל שאינו מקום בית הועד.

ונראה שהעיקר תלוי במה דנים, אם דנים בתביעת הבעל והוא כאיב ליה כאיבא, עליו ללכת למקומו, או דנים בתביעת האשה ולה כואב, והבעל מצידו אינו מבקש כל דיון, שבנסיבות אלו עליה ללכת למקומו.

וע"ע בשו"ת אמרי יושר ח"א סי' לח שכתב לדון שבדין תורה שבין בעל ואשה הצד החפץ בקיום הקשר שביניהם צריך לבוא למקומו של החפץ בביטולו, ולפי"ז ה"ה בנ"ד על הבעל להגיע למקומו. ועיי"ש במה שהעלה לדינא. וע"ע בפד"ר ח"ו עמ' 268 ואילך.

לכן נראה שבנידון דידן אם האשה היתה פותחת תיק לתביעת גירושין ומזונות בלבד, היה מקום לומר דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא ולתובע את הבעל במקום מגוריו, אך מכיון שקיימות לפנינו תביעות ההדדיות ובית הדין כאן יקיים דיון בתביעת הבעל לשלום בית, הרי שבאותו מעמד יתבררו שאר התביעות. (ולא נאמר להיפך מהטעם המבואר להלן).

לאחר פרק הזמן הנ"ל של מגורים משותפים בבית שאן ועקב סכסוך, נפרדה דרכם, הבעל חזר לגור במקום המגורים הקודם, וזאת לאחר שבאותו מועד התברר שהחווה למכירת הדירה הנ"ל בוטל. ואילו האשה נשארה לגור בבית האם בבית שאן.

סעיף י' (1) לתקנות הדין קובע שתביעה בין בני זוג, תוגש לבית הדין הרבני של מקום מגוריהם האחרון של בני הזוג. ועלינו לקבוע במקרה זה מהו מקום המגורים האחרון. אמנם אילו הצדדים היו מגיעים לבית האם בבית שאן למטרת ביקור חג וכיוצ"ב, אין ספק שלא היה ניתן להתייחס למקום זה כ"מקום מגורים אחרון". אך מאחר שהצדדים עזבו את ביתם ביפו בידיעה שהם חייבים לעמוד בתנאי חוזה המכר, ולפנותו. הרי ש"מקום המגורים" בבית שאן, גם אם היה בבית האם, מקום שלכל הדעות אינו אידיאלי לניהול חיי משפחה תקינים, עכ"פ עבור זוג זה, דירה זו היתה מקום המגורים שבחרו בו עקב האילוץ הנזכר. מקום מגורים שלמעשה התגוררו בו, בתקופת הזמן כאמור לעיל.

עיינ בשו"ת הר"ן סי' יא שדן בשאלת הסמכות המקומית של בית הדין בעיר ביחס לאדם שבא לעיר ונשא שם אשה, וכתב הר"ן - "לענין מה שבא בשאלה אם יהודה מוכרח לקבל ב"ד קהל גירונה או אם יכול לשאול להם ב"ד אחר ... בנדון זה צריך לעיין, אם זה שנשא שם אשה נידון כבני עירם אם לאו, לפי שאנו רואין שכל שעושה מעשה מוכיח שהוא רוצה להתיישב באותה העיר נקרא לאלתר מבני העיר, אע"פ שלא שהה לשם, כדתנן [ב"ב ז:] אם קנה שם בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד. אף כאן, אי אפשר לומר שהנישואין מוכיחין שהוא רוצה לקבוע שם דירה והרי הוא כאנשי העיר מיד, ליתא שכל מי שקונה בית דירה בעיר אחרת מעשיו מוכיחין שרוצה לדור שם, שאין רוב בני אדם קונין בית דירה אלא באותו מקום שהם חפצים לדור, אבל הרבה נושאים נשים במקומות שאין דעתם לדור בהם מפני כמה סבות ואין הנישואין מוכיחין כלל".

דברי הר"ן הובאו להלכה בסמ"ע סי' קסג סק"ז שכתב - "כתב הר"ן בתשובה סי' י"א, מי שנשא אשה במקום אחד, אינו הוכחה שרוצה לדור שם ואינו כבני העיר לכופו לדון שם לפני בית דין שבעיר, עד שיעשה הוכחה שירצה לדור שם". וכן פסק שם בנתיבות.

הרי מבואר שאדם שבא למקום פלוני למטרת נישואין בלבד, אין זו ראייה שמבקש לקבוע מקום מגוריו באותו מקום. אבל אם עושה מעשה אחר המוכיח רצון לגור באותו מקום, די בכך לדונו כאחד מאנשי העיר, ולבית הדין של העיר סמכות לדונו.

ראיה כזו תוכל להיות רכישת בית, אך ניתן להתבסס גם על הוכחה אחרת. וכמו שכתב הר"ן "כל שעושה מעשה מוכיח, שהוא רוצה להתיישב באותה העיר, נקרא לאלתר מבני העיר".

למרות זאת בנידון שלפנינו מצבה הבריאותי של האשה אינו תקין, גם אם היה מקום לקבוע את מקום הדין בת"א, הרי שלפי סעיף (2) וסעיף כ' בתקנות הדין יש מקום לחריגה מהכלל במקרים מסוימים, ויש לראות בסעיפים אלו תקנה המאפשרת לחרוג מן הדין מכח תקנה. וכבר מצינו שמתחשבים במי שהדרך יותר קשה עליו, עיין בפת"ש חחור"מ סי' יד שמהר"י העשיל אשכנזי פסק שהאשה צריכה ללכת למקום בעלה, ואחד הטעמים שכתב הם דלטוליה דגברא קשים מדאיתתא, ואמנם רבו החולקים על מסקנתו, עיין בערוך השלחן חור"מ סי' יד סעיף ד', ובעוד פוסקים, והדין עמם מאחר ולפי דבריו מהר"י העשיל לכאורה הדין כן בכל איש התובע אשה, גם כשאין בני זוג, ודבר זה לא אמר אדם מעולם, ובע"כ שאין זו הלכה בכל דין תורה שבין איש לאשה, בלא לבחון את מצבו המיוחד של כל אחד מהם, (וסברת "טלטולי דגברא" וכו' התבארה אצלינו בדרך אחרת, עיין סי' לב, שהיא סברא קלה הבאה כהכרעה בין כוחות שווים, ואינה עניין להלכה העוסקת בקביעת מקום הדין, שעל פי סברא זו נחייב צד אחד לצאת ממקומו), אך עכ"פ אנו רואים שהיה מקום לשקול סברא כזו של קשיי טלטולי הדרך. אף שלהלכה דעת מהר"י העשיל אשכנזי לא נתקבלה כהלכה בכל בני זוג, אך בנידון שבפנינו מאחר שידוע לנו שהנסיעה קשה מאד עבור האשה, עקב מצב רפואי מוכח, יש מקום להתחשב במי שהטלטול קשה מאד עבורו, מאחר וכאמור, דבר זה מעוגן בתקנות הדין.

מסקנת הדברים - הדיונים בין בני הזוג יתנהלו בבית הדין בצפת.

להלן החלטה אחרת, שכתבנו בבית הדין בטבריה, המתייחסת לזוג שגרו יחד זמן קצר במקום אחד - עלתה טענה מקדמית בשאלת הסמכות המקומית. הבעל בקש שהדיונים יתקיימו בבית הדין האזורי בת"א, מפני שמקום המגורים המשותף האחרון היה בתל אביב. לעומת זאת האשה בקשה לקבוע את הסמכות המקומית בבית הדין האזורי טבריה.

לאחר עיון בחומר שבפנינו ובטענות הצדדים התברר שהצדדים התגוררו ביפו בדירה שזכויות המגורים בה היו שייכות לאבי הבעל. בתקופה שקדמה לחג הפסח תשס"ח נערך חוזה למכירת הדירה לאדם אחר, ובהתאם לסעיפי חוזה זה ומועד פינוי הדירה שנקבע בחוזה, בני הזוג נאלצו לפנות את הדירה, ועברו לגור בבית שאן בבית הורי האשה מספר ימים קודם לחג הפסח. בתקופת שהייתם אצל הורי האשה, חיפשו מקום עבודה מתאים עבור הבעל, וכן חיפשו דירה שכורה עבורם.

בני הזוג נחלקו בשאלת משך הזמן ששהו יחד בבית שאן. לדברי האשה גרו יחד בבית שאן מעט פחות מחודש, ולדברי הבעל גרו יחד בבית שאן כחודשיים וחצי.

אשתו בבית שאן, ומקום זה נחשב עבורם כ"מקום מגורים" בכל הקשור לשאלת הסמכות המקומית, ומאחר שזה מקום המגורים האחרון המשותף, בית הדין בטבריה הוסמך לדון במכלול התביעות שבין הצדדים.

גם בנדון דנן, בתקופת המגורים בבית שאן, הבעל ידע שאין לו מקום מגורים אחר ונקט בפעולות שונות לחפש עבודה לרבות ראיונות עבודה באזור בית שאן וכן עשו מאמץ לאתר דירה מתאימה מחוץ למגוריהם בתקופת חג הפסח. ובכך קיימת הוכחה שהוא מבקש להתיישב עם

סימן ו

נימוקים לפסק הדין בשאלת מקום הדיון

כב טבת תשס"ג

ד. אחד מחברי בית הדין, הוסמך כבורר יחיד, ונחתם שטר בוררות שבו נקבע כי הבורר או בית הדין בהרכבו המלא, יכריע בשאלות השנויות במחלוקת. התקיים דיון בפני הבורר וניתן פס"ד.

ה. הקונה סרב לשלם את סכומי הכסף שנקבעו לתשלום על ידי הבורר, וטען לזכותו לקבל את הנכס בלא תשלום נוסף, לטענתו היה על הבורר לנכות מהסכום המוטל עליו את הקנס בגין עיכוב המסירה. הקונה, בטענתו זו, התעלם בכך מהחלטות קודמות בית הדין ופעל בניגוד להחלטת הבורר.

ו. עקב אי התשלום, שהוטל על הקונה, הבורר קבע שהמכירה בטלה ומבוטלת, אך נקבע שהמוכר חייב להחזיר לקונה את דמי הקדימה בסך 60,000 דולר, בניכוי הסכום השנוי במחלוקת (תשלום עבור השיפוצים) שיופקד בית הדין עד להשלמת הדיון בנקודה זו.

ז. הקונה הגיש עירעור לבית הדין הגדול, ועירעורו נדחה. ובבית המשפט המחוזי, נפסק שלא לאשר את פסק דינו של הבורר, אך בית המשפט העליון ביטל החלטה זו.

ח. למעשה המוכר לא החזיר לקונה את הכסף, והקונה מצידו לא הגיש תביעה להשבת הכסף.

המוכר בקש לקיים דיון, בבית הדין, שבו יקבע סכום ההחזר, אך הקונה סרב לדיון זה.

ט. כעת בפנינו בקשת הקונה באמצעות בא-כחו לביטול ביטולו של המכר. לטענתו מאחר והמוכר לא החזיר לקונה את הסכום המוטל עליו, הרי שהקונה עדיין בעליו של הנכס. לטענתו ביטול המכר מותנה וכפוף לתשלום ההחזר המוטל על המוכר.

מקום הדיונים במעמדו של נכס שבעת העסקה נמצא במקומם של הצדדים, ולאחר מכן הנתבע עזב את העיר

הלכה פסוקה היא בשו"ע חו"מ סי' יד ס"א שהתובע הולך אחר הנתבע. וכן נקבע בתקנות הדיון סעיף ז'. אך בתקנות הדיון סעיף יב נקבע - "נעשתה עסקה במקום מגוריהם של שני הצדדים, ואחר כך עזב אחד מהם את המקום, הברירה בידי התובע להגיש תביעה בעניין העסקה במקומו של הנתבע או במקום העסקה, אם היא עדיין מתקיימת".

השתלשלות העניינים בין הצדדים

בפנינו תביעת א. באמצעות בא כחו כנגד ב. באמצעות בא כחו.

התעוררה שאלה מקדמית של מקום הדיון בתביעה הנוכחית. הנתבע מתנגד לקיים את הדיון בבית הדין בצפת, ומבקש לקיימו בבית הדין בירושלים במקומו של הנתבע, כפי שהלכה הפסוקה שהתובע הולך אחר הנתבע.

הצדדים השמיעו את עמדותיהם בבית הדין בשאלה מקדמית זו, ולאחר שמיעת הטענות, בית הדין פסק שעל הצדדים להופיע לדיון בבית הדין בצפת, ולהלן הנימוקים.

בטרם נפרט את הטעמים ההלכתיים, להלן סיכום קצר של השתלשלות העניינים בין הצדדים בעניין הנכס בצפת, נשוא הדיון.

א. ראשיתה של הפרשה בעסקה שהתבצעה בין ב., להלן "המוכר" ובין א., להלן "הקונה", להעברת מבנה מהמוכר לקונה תמורת סכום של 95,000 דולר.

הקונה שלם דמי קדימה בסך 60,000 דולר, והמוכר התחייב לשיפוצים מסויימים ולמסירת הדירה במועד מסויים.

הן הקונה והן המוכר התגוררו בצפת באותו מועד. וכן המבנה נשוא הדיון נמצא בצפת.

ב. הדירה לא נמסרה בזמן, ובבית הדין התקיימו מספר דיונים בין הקונה למוכר בשאלת ההתחייבויות ההדדיות שבין הצדדים, עקב טענות הדדיות שהועלו. הקונה תבע תשלום קנס עקב אי מסירת הדירה במועד, וכן תשלום שכר דירה ששכר, כתוצאה מהעיכוב במסירת הדירה (בניגוד להוראות החוזה), וניתנה החלטה המחייבת את תשלום שכר הדירה אך לא את תשלום הקנס.

ג. לאחר פרק זמן, אחיו של המוכר, נכנס לתמונה, השלים את השיפוצים ובקש להשלים את העסקה, דהיינו להעביר את הנכס לקונה ולקבל את יתרת הסכום.

הושגה הסכמה על שיפוצים אחרונים, ונקבע תאריך למסירת הדירה. הוסכם שגובה התשלום עבור השיפוצים הנוספים שהקונה דרש יוכרעו על ידי בורר יחיד, והבורר יקבע את הסדרי התשלום.

עשה העסק על דעת שיצטרך לילך לדון למקום השותף השלישי".

ובספר ברכת שלמה (להגר"ש טנא ז"ל) חלק חו"מ סי' ד' דן "בדבר הסכסוך בין התובע ראובן והנתבע שמעון שנערך ביניהם הסכם בכתב לחלוקת רכוש משותף נכסי דלא נידי. התובע טוען שהנתבע לא קיים את תנאי ההסכם ומבקש לחייבו בסכום כסף כמפורט בכתב התביעה. הנתבע היגר לחו"ל והשאלה אם לחייבו שיחזור לכאן להתדיין עם התובע כבקשתו".

בסוף דבריו הביא הגר"ש טנא ז"ל את דברי מהרשד"ם וכתב - "לדעת מהרשד"ם כיון שהתובע והנתבע היו גרים במקום בו נעשה העסק ביניהם, הרי יש אומדנא שעל דעת כן נעשה העסק שיהיו שניהם גרים במקום זה. ולכן אם אחד מהם עזב את המקום, אף שהוא הנתבע ודורש מהתובע שיבוא למקומו ויברר את תביעתו כדן תובע הולך אחר הנתבע, אבל בכגון זה אין התובע צריך ללכת, מאחר שהנתבע הוא שעזב את המקום, לכן אין התובע חייב ללכת אחריו. וכן מסיק מהרשד"ם אפילו אם לא היו גרים יחד במקום זה, אבל כיון שהעסק נמצא במקום ההתדיינות ביניהם, וזה ג"כ כאומדנא שמקום העסק יקבע כמקום להתדיין שם. ואף שפורקה השותפות וחוסלו העסקים, אבל מאחר שיש אומדנא ששניהם מעוניינים שהמקום בו נמצא העסק יהיה מקום ההתדיינות, כי בדרך כלל במקום זה שמתנהל העסק קל יותר לברר את הדברים טעונים בירור, ואת הדברים השנויים במחלוקת ביניהם, לכן גם אם השותפות התפרקה, נשאר המקום הזה להתדיינות ביניהם, ואין כאן הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע".

בסוף דבריו בתשובת ברכת שלמה, הניח בצ"ע הדין אם לאחר שהשותפות התפרקה והוסכם על דרך חלוקת השותפות, "ויש לפעמים שצד אחד צריך לשלם סכום כסף לשני ומוסר לו שטרות לתשלום הסכום, וכעבור זמן התעורר סכסוך ביניהם בדבר תשלום השטרות ... כאן הסכסוך אינו נוגע לשותפות שהיתה להם בעבר, שהרי פורקה השותפות וחוסלו העסקים, וכל הסכסוך ביניהם נוגע לתשלום שטר, שאמנם נובע החיוב מהשותפות, אבל זה לא שייך לעסק שהיה להם בעבר. בדבר הזה יש להסתפק אם הנתבע עזב את המקום על התובע ללכת אחריו, או שנחייב את הנתבע שיבוא למקום התובע, כיון שחיוב מומן זה נובע מהעסק המשותף שהיה להם בעבר, וצ"ע עכ"ל.

העולה מכל האמור - במקרה שהתבצעה עסקה במקום מסויים, והצדדים לעסקה זו התגוררו באותו מקום, בעת ביצוע העסקה. ולאחר זמן אחד מהם תבע את חבירו בתביעה הקשורה לעסקה זו, יש לקיים את הדיונים בבית הדין במקום שבו בוצעה העסקה, אף אם התובע בלבד, עדיין גר באותו מקום, והנתבע עבר למקום אחר. מקור הדין בתשובת מהרשד"ם, וכך מוסכם בפוסקים, ונקבע בתקנות הדיון.

הנאמר בסיום סעיף יב "אם היא עדיין מתקיימת", טעון בירור והגדרה. נציין כי בחוברת תקנות הדיון במהדורת תשל"ח בסופה ציינו כמקור לתקנה זו את תשובות מהרשד"ם חו"מ סי' קג ושפו, ומסתבר לפרש את התקנות בהתאם להלכה ממנה יצאה תקנה זו.

ולהלן לשון מהרשד"ם סי' שפו - "ובר מדין אני אומר דבנ"ד יש לב"ד לעכב כנוצר, מטעם דכשהאמין שמעון לראובן להפקיד נכסיו אצלו היה בהיותו דר בעיר שלוניקי כמו שהיה דר שמעון, ועל דעת כן היה מאמינו שאם יפול איזה הפרש ביניהם יעמידנו לדין בשאלוניקי היום או למחר כשיבא לביתו לפקוד אשתו ובניו, אבל השתא שעקר דירתו מכאן, על ראובן מוטל לבוא לעמוד לדין אם ירצה נכסיו שבכאן, דלא כל כמיניה לקחת נכסי אחרים לאכול ולחדי, ושילכו אחריו המפקידים, אצלו וגם כי סברא נכונה היא זאת בעיני וכמדומה ראיתי דין זה ... א"כ אני אומר שכ"ש שיש לנו לומר שלא אמרו שילך התובע אחר הנתבע אלא כאשר היו המשא ומתן שביניהם זה במקומו וזה במקומו, אבל כאשר היו שניהם במקום אחד ואח"כ הרחיק הנתבע נדוד פשיטא ופשיטא שאם יש יכולת בתובע להביאו למקום התובע, או שיש כח ביד ב"ד, יביאוהו".

דברי מהרשד"ם הובאו בכנסת הגדולה חו"מ סי' יד הגהות ב"י אות לה. וכן הסכימו בספר דרכי נועם חו"מ סי' לט ובשו"ת האלף לך שלמה חו"מ סי' קיח. ועיין בספר יביע אומר ח"ז חו"מ סי' ד' שהביא מכמה אחרונים שהסכימו עם דברי מהרשד"ם.

ובספר שו"ת מהר"י הכהן מהדו"ק חו"מ סי' א' הביא דברי מהרשד"ם בלשון זו - "מבואר במהרשד"ם סי' שפ"ו דלענין לכוף את התובע ללכת אחרי הנתבע אמדין דעת התובע בתחילת ההלואה, ואם נראה מעניינו שלדעת כן הלוהו שכאשר יהיה ביניהם דו"ד הבית דין שבעיר ישפטו ביניהם, מחוייב הנתבע ללכת אחר התובע".

ובספר משפטי שאול סי' מ', בפסק דינו של הג"ר מרדכי אליהו שליט"א, כתב בביאור סברת מהרשד"ם - "זיל בתר טעמא, שכל הטעם הוא, שלא כל אחד יעשה עסק ואח"כ ילך לו לעיר אחרת ועי"ז הוא ירמוס ויגזול אנשים שלא יטרחו לרדוף אחריו בעיר אחרת. או הטעם שכל שהעסק נעשה בעיר מסויימת ושניהם היו באותה העיר הוי כאילו קבלו עליהם להתדיין באותה עיר ובדייני המקום".

ובספר דברי מלכיאל ח"ג סי' קסז כתב - "לדעתי נראה ברור, שצריך לדון במקום התובע שהעסק הוא שם, ושם נעשה העסק שנצמחה ממנו תביעתו, דהא איתא בב"ק ק"ח ע"ב שהשומר אף לאחר שנשבע ונפטר מיקרי בעל דינו של הגנב לענין יפטר בהודאתו ע"ש. ובודאי אם יש לאחד תביעה על עסק זה ידון עם השומר במקומו, ואם רצו הבעלים לדון יבואו לשם ... כבר כתב הרשד"ם חו"מ סי' קג שאם אחר שעשה העסק עמו יצא הנתבע לעיר אחרת, מחוייב לבוא למקומו הראשון לדון ... גם בנידון דידן ודאי לא

נעשית באיל"ג. מכל מקום, כיון דפתחו בדיניה במורסיי"ה, צריך שיגמר הדין שם. ולאחר שיחייבו דיני מורסיי"ה את ראובן, אם לא יחזיר את החפצים או דמיהם, כפי מה שיעריכם שמעון בדבר, ראוי למראית עיני הדיינים. אז יביא פסק דין, מדייני מורסיי"ה, ושטר אדרכתא שיעשו לו הדיינים ההם, על נכסי ראובן, לפני דיני איל"ג. והם יעשו שומא בנכסי ראובן שבאיל"ג, עכ"ל הריב"ש.

גם במקרה שלפנינו, הדין ודברים שבין הצדדים נפתח בבית הדין בצפת והתקיימו מספר דיונים בהרכב המלא, והמשיכו בהרכב של דיין אחד, על כן גם הדיון הנוכחי שהוא המשך לדיונים הנ"ל יתקיים באותו מקום, וכפי שנקבע בהחלטה קודמת של בית הדין. טענה נוספת העלה ב"כ הנתבע, שמאחר שהתובע פנה לערכאות לביטול פסק דין קודם של הבורר, הרי שאין נזקקין לו.

אין מקום להאריך כאן בבירור הלכה זו שהביא הרמ"א בחו"מ סי' כו, אך נציין לפד"ר ח"י"ג עמ' 275 וספר יביע אומר ח"ז חו"מ סי' ה', ומדבריהם עולה שבודאי לפי מנהג קהילות ספרד, אליהם משתייכים הצדדים אין מקום לטענה זו, ועיי"ש בפד"ר ח"י"ג עמ' 278 שאין מקום לטענת קים לי, ואכמ"ל בזה.

נקודה נוספת שיש לתת עליה את הדעת בנידון זה. העסקה התבצעה בין המוכר - ב. לקונה הנ"ל. מזה תקופה מסויימת שאחיו של המוכר, בא כחו הנוכחי, מנהל את עסקיו, והוא הנושא והנותן בכל הכרוך בדיונים בקשר לעסקה הנ"ל, וכעת הנכס רשום על שמו, לדבריו אחיו כעת מחוץ לביתו ולא ידוע בבירור היכן מקום הימצאו.

יש לקבוע כי בכל הנוגע לדין תורה הנוכחי, ב"כ של ב. דהיינו אחיו, הוא הנתבע. ונציין למש"כ הדברי מלכיאל בח"ג סי' קסז בנידון כזה - "הא דקיי"ל בחו"מ סי' קכ"ד שהנתבע אינו רשאי לעשות שליח לדון עם התובע, זה רק בשליח בעלמא, אבל אם יש לנתבע איש שעוסק בעסקיו, יכול לשלוחו, דהוי כבעל דין, וכדא דשומר שהזכרנו מהא דב"ק דף ק"ח דמיקרי בעל דין. וכן מצינו בב"מ דף ע"א ע"ב ע"ש בתוס' מש"כ מהתוספתא גבי ריבית, דאף שאין שליחות לעובד כוכבים, מ"מ בסנטרו הוי כהוא עצמו ע"ש. והיינו משום שהוא העוסק בעסק זה והוי כבעל הדין בעצמו. ועוד דהא הטעם שאין הנתבע עושה מורשה הוא כמ"ש בטור ושאר פוסקים שלא יטעון המורשה שקר בשביל שהוא לא עשה גוף העסק עם התובע. ולפי זה בנדון דידן שהאיש הזה עסק בגוף העסק וידוע כל פרטי הדברים שיש בזה עם התובע, בודאי שמותר לו לדון עם התובע, ואדרבה יש מקום לומר שדווקא הוא ידון ... על פי רוב סוחר גדול מתנהג עסקן על ידי שכירים, ושפיר יוכל לשלוח שכירו לדין, כנ"ל."

אמנם אילו האח לא היה כעת בעל הנכס, היה מקום לבקש יפוי כח מתאים מאחיו, אך מאחר שהתביעה מתייחסת לשאלת מעמד הנכס כיום, ובנוסף האח נושא

בסעיף יב לתקנות נאמר "הברירה בידי התובע להגיש תביעה בעניין העסקה במקומו של הנתבע או במקום העסקה, אם היא עדיין מתקיימת". ונראה שכוונת הסיפא לסעיף זה, המתנה את התקנה בכך, שהעסקה "עדיין מתקיימת", להתייחס לנושא הנידון בסוף תשובת הברכת שלמה, דהיינו במקרה בו השותפות כבר פורקה, או שאין דיון על הנכס נשוא העסקה, אלא התביעה מתייחסת לתשלומי סכומי כסף הנובעים מעסקה זו, שבמקרה כזה חזר הכלל המקובל בשאר תביעות, שהתובע הולך אחר הנתבע. בנידון שלפנינו, הדיון הנוכחי הוא על מעמד הנכס נשוא העסקה. התובע שהוא הקונה, תובע לקבל פס"ד הצהרתי שהנכס נשוא העסקה נמצא בבעלותו עקב אי עמידת הנתבע - המוכר, בהוראות פסק הדין שחייבו להשיב לקונה סכומי כסף. ובנסיבות אלו מקום הדיון בבית הדין בצפת.

תביעה שהתבררה בפני בית דין ולאחר מכן הוגשה בקשה לקיים חלק נוסף מהדיון בפני בית דין אחר

מלבד האמור לעיל, קיים טעם נוסף לחייב את קיום הדיון בבית הדין בצפת.

התביעה הנוכחית, אינה התביעה הראשונה בין הצדדים. כאמור, הצדדים קיימו מספר דיונים בבית הדין בצפת. בתחילה בתביעות הדדיות בעניין השיפוצים בנכס, שהמוכר קבל על עצמו, ושאלת התשלומים המוטלים על הקונה. בעניין זה התקיימו בבית הדין מספר דיונים, ובמהלך השיפוצים, הדיינים אף באו בעצמם למקום, ונכנסו למבנה נשוא הסכסוך על מנת להכריע בתביעות ההדדיות. ומלבד זאת לאחר מכן התקיימו דיונים בפני אחד הדיינים, בהתאם להסכמת הצדדים לקיים דיון בפני דיין יחיד, הדיינים נסובו בשאלת ביטול העסקה עקב אי תשלום, כנזכר לעיל.

כעת, על פי החוק, שטר הבוררות שנחתם לפני מספר שנים, אינו תקף, ויש צורך בחתימה בשטר בוררות חדש. וכן יתכן שקבלת הצדדים להרכב של דיין יחיד אינה מתייחסת לדיון הנוכחי, מאחר שניתן במסגרת שטר הבוררות שכבר אינו בתוקף לדיון הנוכחי, על כן אין מנוס מלהורות על המשך הדיונים בבית הדין בצפת בהרכבו המלא.

הריב"ש סי' שנד כתב שלא ניתן לפצל את הדיון בין שני הרכבי בית דין שונים. הריב"ש קבע שמאחר שפתחו בדין בבית דין במקום אחד, יש לסיים את הדיונים באותו הרכב. וז"ל הריב"ש - "גם נראה, שמאחר שדייני מורסיי"ה, פתחו בדיניה, ומורשה שמעון, עשה תביעתו בפניהם, צריך שיגמר הדין שם בפניהם. כדאמרינן בב"ק פרק הגזול בתרא (ק"יב): דהיכא דלא פתחו בדיניה, מצי נתבע למימר לבית דין הגדול קא אזילנא, אע"ג דהאי בי דינא, נקיט רשותא למידן, מב"ד הגדול. והיכא דפתחו בדיניה, לא מצי למימר לבית דין הגדול קא אזילנא. אלא, צריך שיגמור הדין ע"פ הדיינים שהתחילו לדון בו. בנדון זה, נמי, אע"פ שהוחזק כפרן, ומעתה אין ראובן יכול לטעון כלום, וגם שאלת החפצים

ונותן בעסקי אחיו בהסכמתו, מזה מספר שנים, אין צורך ביפוי כח מאחיו, ודי בחתימתו על שטר הבוררות.

מסקנת הדברים - מקום הדין בתביעה הנוכחית הוא בית הדין האזורי בצפת.

סימן ז

האם מקום הדין בין חסידי חב"ד בבית דין שבעיר או בבית דין של חסידי חב"ד

כז אדר תשס"ב

ויעויין בפ"י הרמב"ן עה"ת (דברים א,יב) שכתב - "אע"פ ששלשה כופין לדון בפניהם, בשאינו רוצה לקבל עליו לדון, אבל רוצה לברור יותר בורר, דהוה ליה כאומר נלך למקום הועד ששומעין לו במקום שאין שם טורח. שבכך נצטוינו, שנאמר צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה", עכ"ל.

ומבואר מדברי הרמב"ן שאין שומעין לטענה זו במקום שיש טרחה להגיע לבית הדין היפה.

ובשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' מז כתב - "וכן אילו נודמן למלוה דרך למקום בית דין היפה, אף הלוח יכול לעכב, ולומר הרי אתה הולך מעצמך למקום בית דין יפה, ואינך צריך על דיני לא הוצאות ולא טורח, ושומעין לו. אבל בענין אחר, לא. ואפילו אמר הלוח נלך לבית הועד, ואני אעשה כל הוצאות הדרך משלי, אין שומעין לו. דיכול לומר מלוה, איני יכול לטרוח", עכ"ל, והובאו דבריו בב"י חו"מ סי' יד, ובקצרה בסמ"ע סק"א.

ובספר כפתור ופרח פי"ב כתב - "ומסתברא, כל היכא דליכא למימר יוציא מנה על מנה כופין ללכת לבית הועד, ואם כן מלוה לאו דוקא, אלא כל תובע קאמר ואפילו נזקין וחבלות ... והיכא דאמר לוח אנא עבידנא אוזינקא דיליה, ונלך לבית הועד כופין המלוה והולך. וקצת מרבותי כתבו דאפילו הכי יכול מלוה לומר לא מצינא דאטרח".

והנה הכלבו בסי' קטז כתב - "ותקנת חרם קדמונים שיעשו דין בהזמנת העיר הקרובה, ולא יצטרך לילך למרחוק לרב גדול, ולא יוסיף להוסיף מנה על מנה", ומקורו במרדכי סוף פ"ג מסנהדרין.

הרמ"א (חו"מ סי' י"ד סא) אמנם לא הזכיר שיש בזה חרם, אך פסק את הדין שאין מקום להעביר את הדין לעיר אחרת. וז"ל הרמ"א - "וי"א דלטענות נלך לב"ד הגדול אין חילוק בין תובע לנתבע, וכל אחד יכול לכוף חבירו לילך עמו (טור בשם ר"ת). וכל זה מדינא, אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ב"ד בעיר אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבית דין אחר (מהרי"ק שורש כ"א), כי אין לנו עכשיו בית דין הגדול או בית הועד, ולכן לא יוכל לדחותו".

ובשו"ת שיבת ציון סי' צח כתב בביאור דברי הרמ"א, וז"ל - "רמ"א ז"ל נתן טעם למנהג שאין אחד יכול לכוף את חבירו הואיל ואין לנו בזמננו ב"ד הגדול או בית הועד, והא תינח וטעם זה מספיק שאין הנתבע יכול לכוף את התובע לשיטת התוס' והרא"ש שילך עמו לבית הועד הואיל ואין לנו

שני הצדדים לדין מתגוררים בעיר צפת והם חסידי חב"ד, נשוא הדין הוא תביעה המתייחסת לעבודת התובעת במוסד של חסידי חב"ד.

התובעת בקשה שהדין בתביעה יתקיים בבית הדין בעיר צפת, ואילו הנתבע הודיע לבית הדין שהוא מסכים לקיים דיון רק בבית דין רבני חב"ד שמקום מושבו ברחובות, ואינו מסכים לחתום על שטר בוררות המאפשר את הדין בבית הדין האזורי בצפת.

התובעת בקשה שבעקבות סירוב הנתבע, בית הדין יפסוק כי היא רשאית להגיש את תביעתה הנוכחית העוסקת בקשרי עבודה שבין עובד ומעביד, בבית דין לעבודה.

עומדות בפנינו שתי שאלות לברור.

ראשית, האם על פי הדין, הנתבע זכאי לתבוע קיום הדין בבית דין רבני חב"ד בעיר רחובות, ולכפות על הנתבעת להגיש את תביעתה בבית דין זה.

שנית, את"ל שעל פי דין אין לקבל את טענת הנתבע, האם יש מקום להתיר לתובעת להגיש את תביעתה הנוכחית בערכאות.

ביחס לשאלה הראשונה יש לקבוע כדלהלן -

יש מקום לקבל את טענת הנתבע שבית דין רבני חב"ד הינו בית דין קבוע עבור קהילת חסידי חב"ד בארה"ק. אך כל עוד לא הוכח שחסידי חב"ד קבלו על עצמם שרק בית דין זה ישמש עבורם בית דין לדיונים ביניהם, הרי גם בית הדין בעיר שבה שני הצדדים גרים, נחשב בית דין קבוע עבורם.

לא ניתן להתווכח אודות המציאות הפשוטה, שבית הדין האזורי הוא בית דין קבוע עבור כל יושבי העיר. ועל כן, גם אם לקהילת חסידי חב"ד בעיר יש בית דין קבוע כנ"ל, הרי שהוא בית דין בנוסף לבית הדין שבעיר, ויש לדונם כקהילה שיש להם שני בתי דין קבועים.

מאחר שמצינו בגמרא במסכת סנהדרין דף לא: שאין בעל דין יכול לכפות חבירו ללכת למקום הועד, מטעם שלא יוציא מנה על מנה. הרי שסברא זו "שלא יוציא מנה על מנה", כוחה יפה לשלול את זכותו של בעל דין לתבוע דיון בבית דין שבו תלמידי חכמים מובהקים יותר. דהיינו, למרות המבואר במסכת סנהדרין דף לב: "צדק צדק תרדוף הלך אחר בית דין יפה, אחר רבי אליעזר ללוד, אחר רבן יוחנן בן זכאי לברור חיל", אף על פי כן אנו דוחים מצוה זו, מפני הסברא זו "שלא יוציא מנה על מנה".

כמו כן כל עוד הצד השני לא התחייב לקיים דיון במקום מרוחק, לא ניתן לטעון דבסתמא כשנכנס לעבודה במוסד של חב"ד, סבר וקבל זאת על עצמו. (ראוי לשקול אם ראוי להחתיים על התחייבות כזו, שבהכרח תביא להוצאות לטרחה ולקשיים בהבאת עדים וכדומה, וכפי שהוכח במקרה שבפנינו, ולקתה מידת הדין).

הנתבע ציין למקרים בהם בית הדין כאן בצפת קבל טענת הנתבע להעברת הדיון לבית דין בעיר אחרת. אמנם אכן בעבר ארעו מקרים כאלו, אך לאחר שהתברר מהניסיון שהצטבר, כי בקשות כאלו, גורמות לקלקולים רבים כגון השתמשויות מלעמוד בדין או דחיות ממושכות, וכן לטרחה והוצאות רבות עקב נסיעות למרחקים לדיונים חוזרים ונשנים, לא היה מנוס אלא להעמיד את הדין על תלו, ולפסוק בשאלת מקום הדיון כהלכה הפסוקה בשו"ע ובפוסקים, ובכך למנוע את חילול השם שנגרם מכך, שנתבעים לדין מצאו דרך להתחמק או להתיש את התובעים דין תורה.

השאלה השנייה העומדת בפנינו היא האם בעקבות סירובו של הנתבע, בית הדין רשאי להענות לבקשת התובעת ולהתיר לה לתבוע את תביעתה ב"בית דין לעבודה".

נקדים כי "בית דין לעבודה", דינו כערכאות, וכמו שכתב בפשיטות בספר מנחת צבי ח"ב סי' ו' אות יט וסי' י' אות ח'. ומצאתי שכן פסק בתשובת דברי מלכיאל ח"ה סי' רי, שגם בית דין של סוחרים יחשב כערכאות כל עוד הם חלק ממערכת בתי המשפט ואינם דנים עפ"י אומדן דעת, אלא כפופים למערכת חוקי הערכאות, המנוגדת לחוקי התורה. וז"ל – "מ"ש מעב"ת דכיון שהלכו לפני בי"ד של סוחרים אין זה נקרא בעש"ג, והביא ממ"ש הפת"ש סי' ג' סק"ב בשם הרש"ך שאם המנהג שם לדון בדיני סוחרים יכול לומר שרוצה לדון אצל סוחרים, לענ"ד ז"א. כי אצלינו אין המנהג כן, רק הערכאות קבעו אשר לענייני מסחר ידונו סוחרים, והרי זה כחלק מבתי המשפט שבמדינה, אבל על אחביי מוטל לדון עפ"י דיני התורה ושלא להטריח את שופטי המדינה בזה ... ואף שיש לדון לחלק בין דין הבא מצד חוקי המשפט ובין דיני הסוחרים ... נראה דודאי יש לדייני הסוחרים ג"כ חוקים קבועים איך לדון ואינם דנים על פי אומדן דעתם".

(ומש"כ בזה בספר פסקי בי"ד ירושלים חלק ה' עמ' יב אינו מתקבל, ואכמ"ל בזה).

אך במקרה שהנתבע אינו מסכים להופיע לדיון באותו בית דין בו הוא מחוייב להתייצב לדיון, יש לדונו כסרבן, ולהתיר לתובע לתבוע תביעתו בערכאות. וזאת גם אם הנתבע מסכים להופיע בפני בית דין אחר, ומודיע שאינו מסרב לעצם הדיון בדין תורה, וכפי שיבואר להלן.

בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף ב' פסק – "היתה יד עובדי כוכבים תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להציל ממנו

עכשיו בית הועד, אבל אכתי למה לא יהיה ביד התובע שכחו יפה לכופף את הנתבע לילך עמו לב"ד אחר, א"ו אם הבתי דינין שוין אין כח התובע עדיף מהנתבע אף מדין תורה, ובזמננו הוזה המנהג שלא יחשב ב"ד אחד גדול מחבירו, וכולם שוין לטובה בלי יתר שאת ויתר עוז".

על כן דבר פשוט הוא, שרק אם יתכנס הרכב בית דין רבני חב"ד בעיה"ק צפת, יהא מקום לטענת הנתבע על רצונו לקיים את הדיון בפני הרכב זה. מאחר שבנסיבות אלו, ביחס לחסידי חב"ד בעיר, יהיו שני בתי דין קבועים, והדיון באחד מהם אינו כרוך בהוצאות מיוחדות ובטרחה של טלטולי הדרך. בנסיבות אלו יהא מקום לטענת הנתבע, וכמו שכתב בשו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' נו – "כל שישנו בעיר עוד בי"ד קבוע, אזי יכול שפיר הבע"ד לטעון שרצונו להתדיין בבית דין הקבוע השני, כי אזי הרי זה בדומה למה שמצינו שנפסק בחו"מ סי' י"ד סעי' ד' דאם יש שני ת"ח בעיר אחת, האחד גדול מחבירו יכול אחד מבעלי הדין לומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה, ואע"פ שהוא קטן ממנו, כיון ששניהם בעיר אחת ע"ש, ומזה דה"ה בהיכא שיש שני בתי דינים קבועים בעיר, ובמכש"כ בהיכא ששניהם שוים, עכ"ל.

מסקנת הדברים היא שאין מקום לקבל את בקשת הנתבע להעביר את הדיון לבית דין רבני חב"ד בעיר רחובות.

הדברים נכונים גם במקרה רגיל של תובע ונתבע, ואין מקום לחייב את התובע בהוצאות ובטרחה שבנסיעה זו, דהיינו חמש שעות נסיעה (הלוך וחזור) עבור כל דיון. אך נציין כי במקרה שלפנינו, התובעת כריסה בין שיניה, והנסיעות כעת או בסמוך ללידה כרוכים בקשיים גדולים מקשיי הנסיעה הרגילים לכל אדם.

מלבד זאת, יצויין שהנתבע הודיע לבית הדין שהוא מבקש לצרף מטעמו שני אנשים נוספים כנתבעים, את הרב א. והגב' ב. שהיא מנהלת המוסד (שבו התובעת עובדת), לדבריו שניהם מכירים טוב ממנו את הפרטים המעשיים הנוגעים לתביעה שבפנינו. הנתבע ציין כי הגב' ב. עומדת לקראת לידה.

בנסיבות אלו, אילו בקשת הנתבע לקיים את הדיונים ברחובות תתקבל, הרי שההוצאות הכספיות והטרחה הרבה הכרוכה בנסיעה מצפת לרחובות תהיה מנת חלקם של שני אנשים נוספים, שאחת מהם היא אשה בהריון הנמצאת לפני לידה. ובמידה שהצדדים יבקשו להביא עדים מטעמם, גם אותם עדים יחוייבו בהוצאות ובטרחה זו. על כן גם מלבד האמור לעיל בדברינו שאין מקום בהלכה לטענת הנתבע, הרי שמכל בחינה שהיא, דרישה כזו להעביר את הדיון לרחובות אינה סבירה ואינה יכולה להתקבל.

אין מקום לקבל את טענת הנתבע שהוראת הרבי מליובאוויטש קובעת לחייב את הצדדים לטרחה והוצאות הכרוכות בנסיעה מצפת לרחובות, וזאת כל עוד לא הוצגה בפנינו אסמכתא שאכן הרבי מליובאוויטש כתב דברים בענין זה.

בית דין הגדול, וגם זאת דוקא בהלוואה דעבד ליה וכו' אבל בלא"ה מצי הנתבע לומר לא אדון בפני בית דין זה אלא בפני בית דין זה, אף שקטן הוא מאחר, וכדעת הסמ"ג והמרדכי, והאריך לבאר עוד יותר דבי"ד שבווירצבורק פסולים לדין זה כנוגעים. וכן בשרש קנ"ד מיירי מעיקרא דדינא להצדיק הנתבע עיי"ש, וא"כ י"ל דגם בתומת ישרים ובמהרשד"ם מיירי בנידון דמהרי"ק מדהשוה אותם, ולא בא בעל כנה"ג כי אם לאסוף ולהביא לאסוף ולהביא דברי בעלי התשובות בנידון שבא לפניהם, ולא להשמיע דין חדש והנתבע לא מיקרי סרבן כשאינו רוצה לדין במקום שמחוייב לדין מעיקר הדין, רק במקום אחר. והנה אין משוא פנים בדין תורה, ונראה שהתומים והנמשכים אחריו אגב רהיטא לא העתיקו יפה דברי בעל כנה"ג, ואם היו לפניהם דברי המחברים שהביא, לא הו"ל לשתום, כי אם לבאר מה שנמצא בדבריהם.

ולדינא נראה, דכל זמן שיש לנתבע פתחון פה לטעון לילך למקום אחר, כגון לבית דין הגדול, דלדעת קצת פוסקים גם הנתבע יכול לומר כן מעיקרא דדינא, או כשהשני בתי דינים המה בעיר אחת, ורוצה הנתבע לדין לפני הקטן, כדעת הסמ"ג, ודאי דהדין עמו, ומצי למימר קים לי כהך דעה. ולחומר איסור לדין בדיני אומות העולם ודאי דאין להתיר לשכנגדו ללכת בערכאות. ואף שהרמ"א בסי' י"ד מביא מתשובת מהרי"ק בשרש כ"א ומדברי המרדכי דעכשיו אין לנו בית דין הגדול, ומחשש רמאין, המנהג שמחוייב לדין בעיר התובע, עיין היטב בתשובת מהרי"ק הנ"ל. מ"מ כיון דאינו אלא מצד המנהג, י"ל דבזה לא נהגו לתת רשות לאידך ללכת בד"ה וליקר שם וכו', אבל אם אין טענת הנתבע לבית דין הגדול וכדומה, שאין שום דעה בין הפוסקים המובא בשו"ע (אשר קבלנו ללכת אחרי דברי השו"ע, כמבואר בתומים בס"ס ת"כ משם תשובת חוות יאיר), ודאי דסרבן מקרי", עכ"ל שו"ת רמ"ץ.

ונציין שמצינו בכמה תשובות מגדולי מהפוסקים שדנו אדם כסרבן, גם כשלא סרב לעצם ההתייצבות לדין תורה, אלא שהתנה זאת בדבר שאין לו מקום על פי דין. יעויין בספר דברי גאונים כלל נב סעיף ח' שכתב - "אם אחד מבעלי הדין אומר שרוצה לעמוד לדין תורה, אך שאינו רוצה לחתום עצמו על קאמפרמוס, מבואר בשו"ת נאות דשא באמצע סי' נא דיש לו דין מסרב, וכן משמע בשו"ת דברי חיים ח"ב חור"מ סי' ז' ט' וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהדור"ג ססי' קכה, ובשו"ת רמ"ץ חור"מ סי' ו' והעיד שכן דנים". ולהלן לשון תשובת שו"ת נאות דשא סי' נא - "וחכם אחד רצה לדחות ולומר דילמא מסרב אינו נקרא אלא כשאומר בפירוש שאינו רוצה כלל לעמוד לדין, אבל כל שאומר שרוצה לעמוד בדין, רק שלבו בל עמו ועושה דחיות והשמטות ועי"ז מוכרח שכנגדו להוציא הוצאות, אין זה נקרא מסרב ואין צריך לשלם הוצאות. והשבנו לו שדבר זה הוא זר בסברא ואין הדעת סובלתו כלל וכלל".

בדיני ישראל, יתבענו לדיני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עובד כוכבים מיד בעל דינו". וכתב הרמ"א - "וכל זה דווקא כשאינו רוצה להיות ציית דין, אבל בלאו הכי אסור לבית דין להרשות לדין לפני עובדי כוכבים".

והנה מצינו בספר כנסת הגדולה חור"מ סי' כו הגהת הטור ס"ק כו שכתב - "כל זמן שהוא ציית דינא וכו'. נ"ב ומי שלא רצה לדין בעיר התובע, כל שהוא מפוייס לדין בפני בית דין יפה, ציית דינא מקרי, תומת ישרים סי' קצ"א, והרשד"ם ז"ל בחלק אה"ע סי' כו כתב, דאפילו להתדיין בפני בית דין קטן מהראשון, ציית דינא מקרי, וכן כתב מהרי"ק בשרש א' ועיין בשרש קנ"ד".

התומים בסי' כו ס"ק יג הביא את דברי כנה"ג, וכתב - "אבל אם הוא אלם כו'. ואם רוצה לציית דין רק לפני בית דין אחר, אפילו דוטר מיניה, או לפני בית דין בעיר אחרת, ציית דינא מקרי, ולא דיינין ליה בדין אלם, כנה"ג בשם מחברים רבים". וכן כתב התיבות בסי' כו בחי' ס"ק יג.

אך בספר עטרת צבי חור"מ סי' כו סק"ה כתב - "ומי שלא רצה לדין בעיר התובע, כל שהוא מפוייס לדין בפני בית דין יפה, ציית דין מיקרי, ואין נוהגין כן"

וכן מהרש"ם בתשובה חלק ד' סי' כד כתב בלשון זו - "מבואר בתומים ונה"מ סי' כ"ו בשם כנה"ג דגם לענין רשות לתבוע בערכאות, היכי דרוצה לציית דין רק בפני ב"ד אחר אפילו זוטר מיניה, או אפילו לפני ב"ד בעיר אחרת, לא דיינינן ליה כדין מסרב, ואסור לב"ד שבעיר ליתן רשות לילך בערכאות. והן אמת שהעטרת צבי שם כתב דאין נוהגין כן, וגם אני במק"א כתבתי דמקור דברי כנה"ג הם ממהרשד"ם והוא קאי להסוברים דמצי לטעון לב"ד הגדול אוזילנא, משא"כ בזה"ז דקיי"ל כהרמ"א".

ובשו"ת רמ"ץ (להג"ר מאיר צבי הירש וויטמאיר ז"ל) חלק חור"מ סי' ה' הביא את דברי התומים בשם כנה"ג, וכתב - "אך גוף הדבר צ"ע, למה לא יוחשב הנתבע סרבן כשאינו רוצה לדין במקום שמחוייב מעיקרא דדינא. ואם מיירי באופן שהיה הנתבע יכול לכופו מעיקרא דדינא ללכת עמו לבית דין הגדול, רק שכבר נהגו לדין בעירם, כמ"ש הרמ"א שם, שפיר יש לומר, דלתת רשות לשכנגדו ללכת לערכאות וליקר וכו', לא נהגו, דמנהג נגד הדין צריך להיות מבורר היטב כנודע, וי"ל דעל זה לא היה המנהג, אך המה לא מיירי מזה, כמבואר בלשונם. ועיינתי בספר כנה"ג ז"ל ... עכ"ל. והנה ספר תומת ישרים ותשובת מהרשד"ם ותשובת מהר"מ מטראני אין תחת ידי, אך מדכתב על דבריהם וכן כתב מהרי"ק בשרש א' וקנ"ד, וראיתי היטב במהרי"ק, ולא מיירי בגוונא דהנתבע אינו רוצה לדין במקום שמחוייב לדין מעיקרא דדינא, ואדרבה בשרש א' האריך לבאר דמעיקרא דדינא אין הנתבע מחוייב ללכת לדין לעיר התובע לוויצבורק, לאשר הנתבע דר במקום אחר, ואף לפי דעת ר"ת אינו יכול לכופו כי אם ללכת לפני

דין, וכיון דלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לא אלא שאינו רוצה לעמוד לפני דייני ישראל, ומשום כך אין חייבים בית דין להטפל בענין, אלא שנותנים לו רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבעל דינו. אבל אין הכי נמי דיודה הרמב"ם, היכא דנתברר הדבר וחייבוהו בית דין להטפל בדבר, ועל ידי הזקנים והתלמידים יוציאו לאור משפטו, וכמו שכתב רב שרירא גאון.

מבואר, דמהריב"ל והלחם רב פשיטא להו דבמקום שהנתבע מסרב לעמוד לדין בפני דייני ישראל, נותנים רשות לנתבע, ואין מקום לבירור התביעה בהעדרו של הנתבע, בטרם ירשוהו לתבוע תביעתו בערכאות. וכן בספר ישועות ישראל סי' כו סק"ב הביא את דברי מהריב"ל וכתב שנראה מדבריו דלא כנתיבות, וסיים - "מיהו לעיל סי' יד כתבתי דאם חייב שבועת היסט, כיון דלא נחתנין לנכסיו מצד הדין, אין נותנין רשות, אלא שנשתרבת המנהג ליתן רשות גם בזה".

וכן בספר אמרי בינה דיני דיינים סי' כו הוכיח שלא כשיטת הנתיבות והביא עוד אחרונים שהסכימו למש"כ מהריב"ל הנזכר. וכתב האמרי בינה על דברי הנתיבות - "סוגיא דעלמא אזלי בתר איפכא, ונותנין בכל בית דין רשות ללכת בערכאות נגד מסרב. דאם לא כן לא שבקת חיי וכל אחד שיש לו דין ודברים עם חברו, אם אינו ידוע להבית דין מחוב ברור יפסיד את שלו, כי גם אם משמתין אותו לא ישגיח בזה וימצא מסייעים בעוה"ר ... וא"כ יאכל הלה ולחדי ... ועוד הא אף בשטר, אם הלה אומר שיש לו טו"ת נגד השטר ג"כ לא הוי דין ברור, ועיין תשובת הרמ"א שם וגם סי' קח דמשמע ג"כ באם אינו רוצה לבוא לבית דין, אף בחוב שאינו ברור לבית דין, נותנין לו רשות ... וכן מבואר בתשובת משפטי שמואל (סי' קי"ד) דכיון שאינו רוצה לעמוד עמו לד"ת כמי שנתחייב דמי, ורשאי ללכת בערכאות, והכי אזיל סוגיא דעלמא ודלא כנתיבות".

וכן בספר ערך שי חו"מ סי' כו, דחה את דברי הנתיבות, ובתוך דבריו באר הטעם דאין צריך שבית הדין ידע שאמנם הנתבע חייב. וז"ל - "ביש"ש בסוף פרק החובל סי' סה כתב דלפניהם ולא לפני נכרים, היינו כשציית דינא, אבל באלם מותר מהתורה לילך בדיני א"ה בלא נטילת רשות מבית דין, רק תקנה הוא שנהגו בבתי דינים שבישראל שלא לדון בדא"ה בלא נטילת רשות עיי"ש. וא"כ כשאין ידוע לבית דין וידוע בעצמו, מה"ת יתקנו בזה לרשיעי דלא ציית דינא לילך לדייני ישראל, וכעין שכתב בשו"ת רש"ל ס"ס דתקנתא לרשיעי ניקו ונעביד, ולמה נזדקק לו לאסור על בעל דינו מלילך לערכאות ... בעל דין עצמו דידוע דמגיע לו, אין לנו לאסור לו מלילך בערכאות ולתפוס על ידם להציל את שלו כיון שאי אפשר להציל בדיני ישראל".

מסקנת הדברים היא שבמקום בו הנתבע מסרב להופיע לדין תורה בית הדין נותן לתבוע רשות לתבוע תביעתו בערכאות, ואין מוטל על בית הדין לדון ולברר את התביעה,

אמנם במקרים הנ"ל דנו הנתבע כסרבן, מחשש שמא עקב סירובו לחתום על שטר הקאמפרמוס (הנותן תוקף חוקי לפסק הדין) יתחמק מביצוע פסק הדין, אך גם יסוד דינו של הרמ"א בסי' יד (הנזכר לעיל) שאינו יכול להוציאו מחוץ לעיר נובע מחשש לרמאים המבקשים להתחמק מהדין, יעוי"ש בביאור הגר"א ס"ק יד ובלבוש סעיף ה'. ועל כן סירוב הנובע מבקשה להעביר את הדין לעיר אחרת, ושאינה על פי הדין, דינו כסירוב הגורר פס"ד להיתר לפנות לערכאות.

וע"ע בספר שבט הלוי ח"ב סי' קיא אות יד שכתב שבדין תורה של אב כנגד בנו דנקטינן להלכה שהבן חייב לבוא למקומו של האב, אם אינו מסכים לבוא לשם נחשב כסרבן למרות שמסכים לקיים הדיון במקומו כדין תובע הולך אחר הנתבע.

מסקנת הדברים היא שעל פי הדין, מקום הדיון בתביעה שלפנינו היא בבית הדין האזורי בצפת שהוא בית הדין הקבוע בעיר, ואם הנתבע מסרב להופיע לדין, דינו מבואר בשו"ע וברמ"א סי' כו שיש להתיר לתבוע לתבוע את תביעתו בערכאות, וכדעת הגאון מהרש"ם בשם עטרת צבי שהמנהג למעשה הוא שלא כדעת התומים וכמסקנת שו"ת רמ"ץ.

שאלה נוספת המוטלת עלינו לברר בטרם ינתן פסק הדין המתיר לתבוע בערכאות, היא - האם מוטל על בית הדין לברר שהתובע אמנם צודק בתביעתו, בטרם יאפשרו לו ללכת לערכאות, שהרי לכאורה יתכן והנתבע יחוייב בתשלום ממון שאין ראוי לחייבו על פי דין תורה.

והנה בספר נתיבות המשפט סי' כו סק"ג כתב - "ומציל בדיני העכו"ם ... נראה דמיירי באופן שידוע החוב לדייני ישראל, כגון במלוה בשטר וכיוצא, דבמלוה על פה אי אפשר לדייני ישראל ליתן לו רשות להוציא, דאימר אינו חייב לו כל כך, רק משמתין אותו כשאינו רוצה לבוא". ולפי דבריו אין לבית הדין לתת רשות לתבוע בערכאות אלא לאחר שהתברר לבית הדין שיש לחייב את הנתבע. אך רבו החולקים על שיטת הנתיבות.

בשו"ת לחם רב סי' פח הביא את לשון הרמב"ם בסוף הלכות סנהדרין שכתב בלשון זו "היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא, נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו". ומאידך הבי"י חו"מ סי' כו כתב - "וז"ל רבינו שרירא גאון ... מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואינם יכולים להוציא ממנו, ויש ביניהם מקום בי דואר של גוים שאינו לוקח שוחד, ומקבל עדות מישראל על חברו, יש רשות לזקנים ותלמידים שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה, ומצוה לעשות כן". וכתב בספר לחם רב - "לכאורה נראה דהרמב"ם ורב שרירא חולקים, דהרמב"ם לא כתב דבית דין מטפלין להציל מבעל דינו. אבל כתב מהריב"ל בפסקיו ח"ג שאלה מ"ח דבר נכון להשוות הדעות, דהרמב"ם איירי היכא דלא בא האלם לבית

מתייחסת לאירועים שאירעו בפרק הזמן שלאחר סיום הדיונים, אמנם קיימת עדיפות מסויימת לקיים את הדיונים בפני אותו הרכב שכבר דן בין הצדדים, ומכיר את הרקע לתביעה, אך מטעם זה בלבד אין מקום לחייב את הנתבע לדון בפני אותו הרכב. וכן אין אנו מקבלים את טענת התובעת שחתימת הנתבע בזמנו על שטר הבוררות מחייבת אותו גם ביחס לדיון אחר המתייחס לאירועים אחרים.

אך ככל שבתביעה הנוכחית, בית הדין יתבקש להביא למימוש פסק הדין הקודם, הלכה למעשה, יש מקום לטענת התובעת, מפני שאכיפת פסק דין קודם הוא חלק בלתי נפרד מאותו דיון.

לדעת האדמו"ר הזקן ז"ל בקו"א לשו"ע הרב, הלכות שחיטה סק"ז, זוהי עיקר מצות הדין. האדמו"ר הזקן ז"ל הורה שמלבד מה שמוטל על הדיינים לדון ולפסוק, הרי שגם כל הקשור לאכיפת פסק הדין הלכה למעשה, הוא חלק מתפקידם. וז"ל - "שחייבים לטרוח ולכוף בעצמם לקיים הפסק אם יש לאל ידם בחרמות ונדוים ולצוות לשוטרים, שזהו עיקר מצות הדיינים, כמ"ש שופטים ושוטרים כו' ... ולהציל עשוק מיד עושקו אין לך מצוה רבה כזו, שזהו עיקר מצות הדיין לכוף לקיימו".

מעיון בכתב התביעה עולה שטענת התובעת היא שפסק הדין הקודם לא בוצע כנדרש, ויש לנקוט באמצעים להביא לאכיפתו. אמנם, בית הדין אינו מקבל טענה כזו בלא לקיים דיון בין הצדדים, אך עכ"פ לפי הנטען, הדיון המבוקש הוא בשאלה זו, ובהכרח לברר בקשה זו, ובירור זה יתקיים בפני אותו הרכב שדן בין הצדדים בזמנו.

מסקנת הדברים - על הצדדים להופיע לדיון שנבקע, ובמידה שהנתבע לא יופיע, ביה"ד יפסוק כאמור לעיל.

אמנם בערוך השלחן חו"מ סי' כו סעיף ב' הביא להלכה את דברי הנתיבות, והוסיף שבמקום שלא ברור לבית דין החיוב יקבלו את טענות התובע וראיותיו ועדין על מנת לברר העניין עד כמה שידם מגעת בהעדר הנתבע, ואם יגיעו למסקנה שיש מקום לחייבו לנתבע, יתירו לתובע לתבעו בערכאות. אך לפי המבואר לעיל רבו הפוסקים שדחו את דברי התומים הנתיבות מהלכה, וכתבו שכן סוגיא דעלמא והמנהג, ומבואר שאין מתקיים דיון במעמד צד אחד בטרם יתירו לתובע לתבוע בערכאות, וכפי העולה מפשיטות לשון הרמב"ם והשו"ע ושאר הפוסקים שלא הזכירו כלל עניין זה.

אלא שעלינו להודיע לתובעת שאם בערכאות יפסקו לתובעת ממון שאין ראוי ליטלו על פי דין תורה, כגון ריבית וכיוצ"ב שאסור לה ליטול ממון זה, ואם אינה בקיאה בהלכה, תלך אצל חכם ותברר ההלכה בזה.

מסקנת הדברים היא שבנידון דיון מאחר והוברר כי הנתבע נמנע מלהופיע לדיון תורה במקום בו מחוייב בכך, בית הדין יקבל את בקשת התובעת להתיר לתובע לתבוע תביעה בערכאות, ואין צורך לקיים דיון מוקדם בבית הדין על מנת לברר אם יש מקום לתביעה.

בנידון הנ"ל - בסופו של דבר התקיים דיון בבית הדין בצפת וניתן פס"ד. אך לאחר כשנה וחצי הוגשה תביעה חדשה מטעם התובעת והנתבע חזר והתנגד לקיים את הדיון בבית הדין, ובתוך ההחלטה לדחיית טענתו, נכתב כדלהלן - ביחס לטענת התובעת שהדיון הנוכחי הינו המשך לדיון קודם, ושמטעם זה בלבד, עפ"י ההלכה יש לחייב לקיים את הדיון בבית הדין בצפת. יש לומר כדלהלן - הדיונים בתביעה הקודמת הסתיימו וניתן פסק דין. ככל שהתביעה הנוכחית

סימן ח

מקום הדיון כשהבעל תושב חו"ל

ז' אב תשס"ב

להלן החלטה המתייחסת לשאלת סמכות בית הדין לדון ולפסוק בתביעת הגירושין ולעכב את יציאתו של הבעל מהארץ.

נקדים את פרטי המקרה.

שני הצדדים נשואים בחו"ק והינם אזרחים ישראלים, אלא שהבעל מתגורר בארצות הברית כעשרים ושמונה שנים ובעל אזרחות אמריקאית.

לאחר הנישואין בני הזוג גרו בארצות הברית. לפני שנה ושלושה חדשים האשה נקטה יוזמה לעזוב את הבית, הגיעה לארץ עם הבן, והתגוררה בבית אמה והבעל נשאר בארצות הברית.

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, וכן הוגשה בקשה לעיכוב יציאת הבעל מהארץ.

התקיימו שני דיונים במעמד שני צדדים ובאי כחם.

בדיון הראשון הבעל טען טענות מקדמיות לשלילת סמכות בית הדין, והאשה טענה שבית הדין מוסמך לדון ולפסוק בנושאים העומדים על הפרק.

כעת בפנינו תביעת האשה לגירושין ותביעת הבעל להסרת צו עיכוב היציאה, ומוטל על בית הדין לדון ולפסוק בתביעות אלו, וכן להתייחס לטענת הבעל, המבקש בטענתו המקדמית, לשלול את סמכות בית הדין.

ולכאורה היה עלינו להורות לצדדים להגיע לבית הדין באזור מגוריהם המשותף האחרון.

אלא שתקנה י' (2) קובעת כי בית הדין רשאי לפי שיקול דעתו לדון בתביעה, גם בניגוד לקבוע בתקנה י' (1) הנוכרת. במקרה שלפנינו, עלינו לחרוג מכללי הסמכות המקומית הידועים, ויש להורות שסמכות השיפוט המקומית היא לבית הדין צפת שהוא בעל סמכות אכיפה בתביעת גירושין יחסית לבית הדין שבמקום מגורי הזוג.

שאלה דומה נידונה בבית הדין הגדול (ערעור תשכ"ז/159) בהרכב כבוד הדיינים הרה"ג הרב אליעזר גולדשמידט ז"ל והרה"ג הרב שאול ישראלי ז"ל ויבל"א הרה"ג הרב עובדיה יוסף שליט"א. פסק הדין פורסם בספר משפטי שאול סי' מב, ולהלן תמצית פסק הדין.

באותו מקרה בני הזוג שניהם אזרחים ישראלים גרו יחד בשוויץ, ובעקבות סכסוך האשה עזבה את בית בעלה ועברה להתגורר בארץ עם ילדיה, והבעל נשאר בשוויץ. האשה פתחה תיק לתביעת גירושין ומזונות בבית הדין בת"א, והבעל בקש כי הדיונים בעניינם יהיו במקום מגוריו בשוויץ, והתחייב לציית לכל פסק דין שינתן על ידי בית דין באזור מגוריו.

בית הדין האזורי בתל אביב פסק - "בכל הטענות המשפטיות הנ"ל אין בהן כדי לסטות מהדין העקרוני, לפיו התובע הולך אחר הנתבע, ובפרט כשזה האחרון מצהיר על נכונותו להתחייב בצורה חוקית לציית לדינא בפני רבנים במקום מגוריו".

בית הדין הגדול קבל את עירעור האשה על פסק דין זה, ופסק כי הדיונים בתביעות יתקיימו בבית הדין בתל אביב.

להלן נימוקי פסק הדין כפי שנכתבו על ידי הגר"א גולדשמידט ז"ל -

"אמנם לו היה במקום מגוריו של המשיב בחוץ לארץ בית דין קבוע מוכר אשר פסקיו ניתנים לביצוע, יתכן שאי אפשר היה לחייב את המשיב לבא כאן להתדיין. אולם בית דין כאמור איננו שם, וגם אם יסכים המשיב להתדיין לפני דיינים בחוץ לארץ ויחתום מראש על כך, אין ערובה שלא יחזור בו, גם אחרי מתן פסק דין אם לא ימצא חן בעיניו, ולא תהיה אז כל אפשרות לאלצו לציית לפסק הדין.

ואם כך, הרי כפוף הוא המשיב להתדיין לפני בית דין מוסמך ומוכר בישראל, ככל יהודי אחר תושב ישראל הכפוף להתדיין לפני בית דין זה, הן אם הוא רוצה הן אם לאו.

וכאן יש לציין, כי הרי הכלל הזה "התובע הולך אחר הנתבע" אינו מעצם הדין, אלא תקנה היא, כמבואר באחרונים, עיין בתשובות מהריב"ל חלק ב' סימן צ"ז ובתשובות הרשד"ם חלק חושן המשפט סימן ז'. ואם כן במקום שבית הדין בו רוצה הנתבע אין לו כח בית דין כפי שהוא לאותו בית הדין לפניו מזמינו התובע, והתובע לא ימצא בו תיקונו, איך אפשר לשלול ממנו את זכותו לפי הדין, ולא לצו להתדיין לפני בית דין נטול כח.

לאחר כשלשה שבועות האשה הופיעה בבית הדין ופתחה תיק לתביעת גירושין ומזונות, וכן תבעה שינתן פס"ד למשמורת הבן. מלבד זאת ניתן צו עיכוב יציאה מהארץ למנוע את יציאת הבעל מהארץ במידה ויגיע לארץ.

הבעל הגיע לארץ לפני כחדש וחצי, ויציאתו מהארץ מעוכבת.

ב"כ הבעל העלה טענה מקדמית לחוסר סמכות בית הדין לדון בתיק זה, וזאת מאחר והבעל אזרח ארצות הברית ומרכז חייו ופעילותו שם. וכל הגעתו לארץ היתה להסדיר את נושא משמורת הבן ולפעול לאכיפת חזרתו לארה"ב ככח הסמכויות המוקנות באמנת האג.

ב"כ הבעל בקש לקבוע שהדיונים בין הצדדים יתקיימו במקום המגורים המשותף האחרון של הזוג, דהיינו בארצות הברית.

דינה של הטענה לחוסר סמכות להידחות. ויש לקבוע שבית הדין האזורי בצפת מוסמך לדון לפסוק בתביעת הגירושין, הן על פי החוק והן על פי ההלכה.

ונפתח בשאלת הסמכות החוקית.

בית הדין הרבני האזורי קבל את סמכותו החוקית, מחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג - 1953. סעיף מס' 1 לחוק קובע - "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים".

מלשון החוק עולה כי די בכך שהצדדים אזרחי המדינה. ולא קיים תנאי נוסף שיהיו תושביה של מדינת ישראל כדי לקבוע את סמכות בית הדין לדון בענייני נישואין וגירושין שביניהם.

וכן נקבע בפס"ד של בית הדין הגדול, כפי שהובא בשו"ת ישכיל עבדי חלק ו' חח"מ סי' א', בלשון זו - "בחוק נישואין וגירושין ... נאמר עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים ... מילת, או' מבדילה בין אזרחי המדינה לבין תושביה, ז"א או אזרחי המדינה אע"פ שאינם תושביה, או תושביה אע"פ שאינם אזרחי המדינה. והנה כאן הבעל והאשה הם אזרחי ישראל ... ובכן אין לפקפק בדבר הסמכות של בית הדין".

על כן מאחר שבמקרה שבפנינו, שני בני הזוג הם אזרחי המדינה, אף שהבעל אינו תושב המדינה, ומרכז חייו ועיסוקיו בארצות הברית, למרות זאת, בית הדין מוסמך לדון לפסוק בתביעת הגירושין.

בנוסף להיבט החוקי, עלינו לדון האם על פי ההלכה ותקנות הדיון, מקום הדיון שבין הצדדים הוא אכן בארץ, או שעליהם לקיים את הדיונים במקום מגוריהם המשותף האחרון.

לכאורה, הלכה פסוקה היא שהתובע הולך אחר הנתבע, ומלבד זאת תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים סעיף י' (1) קובעות כי "תביעה בין בני זוג בענייני אישות תוגש לבית הדין הרבני של מקום המגורים האחרון של בני הזוג".

צו עיכוב יציאה מהארץ

בעקבות החלטת בית הדין הקובעת את סמכות בית הדין לדון בעניינם של הצדדים, ניתן סעד זמני לעיכוב יציאת הבעל מהארץ, וזאת על מנת לאכוף על הבעל את התייצבותו בבית הדין לדיון בתביעת הגירושין. התייצבותו האישית של הבעל נחוצה, ובלעדיה לא ניתן לברר את התביעה, ובמידה ויוחלט על חיובו בגירושין, לא תהיה כל אפשרות לאכוף את פסק הדין בלא נוכחותו האישית. על כן אין יצוג עורך דינו תחליף להתייצבותו האישית.

במידה שלאחר שיסתיימו הדיונים בבית הדין, ינתן פסק דין הקובע כי אין לחייב את הבעל בגירושין, בית הדין יטל את צו עיכוב היציאה שניתן.

ונציין לפסק דין של בית הדין הגדול ערעור תשכ"ג 128 מיום יד אב תשכ"ג בהרכב דיינים הגר"ע הדאיה ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגרי"ש אלישיב שליט"א (מצוטט בספר סדר הדין עמ' 416), שבו נפסק בלשון זו - "הואיל והמערער טוען שהוא רוצה בשלום בית והמשיבה היא שדורשת גט, וכבוד בית הדין האזורי כבר פסק שאין לחייב את המערער לתת לה גט, אם כן פשוט הוא שאין לעכבו מלצאת מן הארץ משום חשש עיגון של האשה, שהרי היא מעגנת את עצמה, ואם נעכב אותו הרי זה גם כן אחד מדרכי הכפייה לגט ויש חשש לגט מעושה".

ב"כ הבעל טען כנגד סמכותו החוקית של בית הדין לעכב את הבעל. לטענתו בבית המשפט מתנהלים הליכים להשבת הילד לבית אביו במסגרת אמנת האג, והליכים אלו גוברים על כל הליך אחר שיש בו כדי לסקל מימוש השבת הילד לאביו.

בית הדין מסכים כי לא ינקטו כל הליכים ביחס לילד, כגון הליך עיכוב יציאתו וכיוצא ב, עד לסיום ההליך הנ"ל בבית המשפט. אך אין כל ביסוס משפטי המונע מאדם אחר לנהל הליכים כאלו או אחרים כנגד הבעל. האשה או אדם אחר רשאי לתבוע כל תביעה משפטית כנגד הבעל, תביעה שהילד אינו צד לה. קל וחומר שהאשה רשאית לתבוע תביעת גירושין ולתבוע עיכוב יציאתו של הבעל מהארץ עד לסיום בירור התביעה בבית הדין, ולתבוע למנוע מצב בו תשאר בארץ עגונה, ללא דרך לנהל את תביעתה.

ונציין כי המחוקק הסמיך את בית הדין לעכב יציאת הבעל מהארץ. חוק בתי דין דתיים (כפיית ציות) (תיקון מס' 3) התשס"א 2001 - קובע בסעיף מס' 5 - "הוכח להנחת דעתו של בית הדין כשהוא דן בענין שבשיפוטו כי קיימות ראיות מהימנות לכאורה התומכות בעילת התובענה, וכן אחד מאלה. (1) הנתבע עומד לצאת את הארץ לצמיתות או לתקופה ממושכת, והעדרו מן הארץ עלול להכביד באופן ממשי על בירור המשפט או על ביצוע פסק הדין. (2) אם הנתבע בתביעה לגירושין ... יצא מהארץ - יש חשש ממשי כי הדבר יביא לעיגון. רשאי הוא לתת צו האוסר על הנתבע לצאת מהארץ, וכן להורות על הפקדת דרכונו או תעודת

ועיין בתשובת מהריב"ל הנ"ל, הכותב: "התקנה הזאת נראה שתקנוהו משום שהיחיד הוא מוכרח ונכנע לפני בית הדין של הקהל שלו, מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם". ואם כן, במקום אשר המצב הוא להפך, ובבית הדין במקומו של התובע, הנתבע הוא יותר מוכרח ונכנע לציית לפסק הדין מאשר במקומו של הנתבע, שם אין האפשרות להכריחו לקיים את פסק הדין, הרי נפל טעמה של התקנה. ועיין בכנסת הגדולה חלק חושן משפט הגהות טור אות ד', הפוסק שבמקום שטעמה של תקנה זו איננו, אין התקנה חלה. ועיין בתשובת הרשד"ם שם.

מטעם זה ובגינו בלבד, יש לדעת לקבל את הערעור, ולשמוע את תביעתה של המערערת בבית הדין בתל - אביב. אולם סייג אחד יש לדבר, כי כל זה אינו אלא אם לכאורה יש ממש בתביעת המערערת, אבל אם עוד לפני שמיעת הטענות של שני הצדדים, יראה בית הדין האזורי כי עצם התביעה אין בה כל ממש, הרי אין לגרום למשיב הפסד חנם בביטול זמנו ובהוצאות, אלא אם כן תמצא הדרך שהמערערת תבטיח הפסד זה מראש". עד כאן לשונו של הגר"א גולדשמידט ז"ל.

פסק הדין שניתן באותו נידון בבית הדין הגדול (ערעור תשכ"ז 159), התבסס על דבריו אלו של הגר"א גולדשמידט ז"ל, ויעיין בנימוקים נוספים שנכתבו לאותו פסק דין כפי שהובאו בספר משפטי שאול (שם) שהגר"ש ישראלי ז"ל הרחיק לכת לקבוע סמכות בית הדין בארץ מטעמים נוספים, אך דעתו לא התקבלה.

ועיין בספר אגרות משה חלק חו"מ ח"ב סי' ט' שפסק שאין לדון בהתאם לכללי הסמכות המקומית, במקרה שלבית הדין אחד אין סמכויות אכיפה ולבית דין אחר קיימות סמכויות אלו. האגרות משה פסק את דינו ביחס למקרה שבני הזוג גרים בעיר עם בית דין קבוע אך נעדר סמכות לאכוף את פסקי דינו בהוצאה לפועל, והמוסדות הממשלתיים אינם מכירים בו כערכאה שיפוטית מוסמכת, ובעיר אחרת הסמוכה קיים בית דין המוסמך על פי חוק לדון ולפסוק בסכסוך שבין בני הזוג והמוסדות הממשלתיים מתייחסים לפסקי דינו ואוכפים אותם. ופסק האגרות משה שמותר לאשה לתבוע את בעלה בבית הדין שבעיר הסמוכה בניגוד לכללים המקובלים הקובעים כי התובע הולך אחר הנתבע ויש לקיים את הדיונים בבית הדין שבעיר מגורי הצדדים, וזאת עקב העדיפות שיש לבית הדין השני, שפסקי דינו נאכפים על ידי המוסדות הממשלתיים. וסבר האגרות משה שאין להעדיף את בית הדין המקומי בהסתמך על התחייבות מוקדמת הבעל לציית לפסקי בית הדין המקומי.

מסקנת הדברים - מאחר שלבית הדין הרבני האזורי בצפת סמכויות שיפוט ואכיפה חוקיים, וסמכויות אלו אינן בבית הדין הרבני שבמקום מגוריהם בארה"ב, על כן בית הדין בצפת מוסמך לדון ולפסוק בתביעות שבפנינו.

בית הדין קבע, כי למרות בקשת האשה לביטול הצו, הצו ישאר על כנו, וזאת עקב בקשת אחי האשה. קביעה זו מבוססת על הקבוע בתקנות הדיון תקנה קו (2) בה נאמר - "בית הדין רשאי לדון בבקשה לעיכוב יציאת אדם מהארץ מתוך טענת חשש עיגון, גם אם הבקשה הוגשה שלא על ידי בעל הדין, אם נראה לבית הדין שמטרת הבקשה היא למנוע עיגון".

במקרה שלפנינו, כל עוד לא הסתיימו הדיונים בבית הדין וטרם הוחלט על ידי בית הדין שאין לחייב את הבעל בגירושין, קיים חשש סביר שהאשה תשאר עגונה במידה שהבעל יצא מהארץ, וישוב לארה"ב, שבו אין בית דין בעל סמכויות אכיפה בנושא הגירושין.

המקור ההלכתי לתקנה זו מצוי בתשובת הרשב"ש סי' מו (וכפי שמצויין במקורות לחוברת תקנות הדיון בבתי הדין בישראל תש"ך, שהיא המהדורה הישנה לתקנות הדיון הנוכחיות משנת תשנ"ג). הרשב"ש נשאל האם רשאי בית הדין לכופו בגירושין אדם המבקש לעזוב את מקומו לעגן את אשתו, וזאת בלא שהאשה תבעה זאת (כגון שאינה בפנינו וכיוצא"ב). בתשובתו כותב הרשב"ש - "נראה לי שרשאים הם הבית דין בכך, אע"פ שלא תבעתו, שהרי כל ישראל הם בעלי דינים מחמת עיגון. ותדע לך שהרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא, ובעדות אשה מעשים בכל יום שמקבלים ... ונראה לי שהטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שאסור לערוה, וגם בדבר העוונות דנפיק מיניה חורבא, שהרי כמה חללים הפילה ורבים ועצומים עד הארץ הכריעה והשפילה, ופריצי עמנו פרצות פרצו וזנו ולא יפרצו. וחובה על כל ישראל וכל בתי דינים לגדור פרצות לבל ישוטטו השועלים בחוצות, הלכך הווי להו בעלי דין בדבר בקבלת עדותם וכן בתביעתם לענייני גט, אע"פ שלא תבעתו האשה, דכולהו הווי בעלי דין בדבר" ובפד"ר ח"ב עמ' 35 כתבו - "אף שנידון הרשב"ש הוא בעיקרו ענין שבין אדם לחברו, סכסוך בין בעל ואשתו, וכלל הוא שברייב שבין אדם לחברו אין לביה"ד לדון בלי תביעה, אבל הואיל ויש כאן ענין עיגון, ועיגונה של בת ישראל הוא דבר כללי ולא פרטי, וכל ישראל וביה"ד בראשם חייבים לדאוג לכך שבת ישראל לא תתעגן, כל ישראל, וביה"ד הם בעלי דין והם התובעים, והרי זה ממש כאילו תבעה האשה בעלת הדין בעצמה".

מתוך דברים אלו עולה, כי מבחינה עקרונית, גם בלא בקשת אחי האשה להוציא צו עיכוב, בית הדין מוסמך לעכב את הבעל מלצאת מהארץ ולעגן את אשתו, מאחר שלפתחו של בית הדין מוטלת האחריות למנוע עיגון האשה ולמנוע את הפריצות המוסרית העלולה לנבוע מעיגון זה.

על כן גם אם בית המשפט יורה לאחי האשה להסיר את בקשתו לעיכוב הבעל, מוטל על בית הדין, במקרה חריג זה, ובנסיבות המתוארות, להשאיר את הצו על כנו. על כן ניתנת ההחלטה כדלהלן -

המעבר שלו או להתנות תנאים ליציאתו, והכל אם לא ניתן להבטיח את ביצוע פסק הדין בדרך של מתן ערובה מתאימה או בדרך אחרת. לרבות השלשת גט"

במקרה שלפנינו, הדבר ברור כשמש שבמידה שהבעל יצא מהארץ, לא יהא ניתן לברר את המשפט בין הצדדים, ויש חשש ממשי לעיגון. על כן במקרה דנן קיימות שני עילות לעכבו, הצורך בבירור התביעה, והחשש לעיגון, וכל עילה עומדת בפני עצמה.

השלשת גט אינה מעשית במקרה והבעל אינו מעוניין להתגרש, מאחר ובידו לבטל השלשה זו, וכפי שכבר עשה כן ביחס להליך דומה שנקט בין הצדדים בבית דין של חב"ד באזור מגוריו בחו"ל, שלאחר שנחתם שטר הרשאה, הבעל חזר בו וביטלו.

נוסיף ונציין לבג"ץ 185172 ליסה גור נגד בית הדין האזורי ירושלים ואחרים פ"ד כו(2) עמ' 770 ממנו עולה כי במידה והוציא בית דין רבני צו לעיכוב יציאתו של בעל דין מן הארץ להבטחת נוכחותו במשפט, והעניין הוא במסגרת סמכותו של בית הדין, לא יתערב בכך בית המשפט העליון. אך פסק דין הנ"ל בבג"ץ היה נחוץ בטרם חוקק החוק הנ"ל לפני כשנה.

במקרה שבפנינו בית המשפט לענייני משפחה הורה לאשה לבטל את בקשתה למתן צו עיכוב יציאה כנגד הבעל, ועקב כך היתה מחוייבת להגיש בקשה לביטול הצו.

בהערת אגב, לא ניתן להסתיר את התמיהה על החלטה זו של בית המשפט לענייני משפחה. לא ברור מדוע מצא השופט לנכון להחליט בנושא שאינו בסמכותו, ונתון לסמכותו היחודית של בית הדין הרבני. לא ברור מנין שאובה הסמכות להורות לאשה כיצד לנהל את תביעת הגירושין ולהורות לה להביא למצב שבו היא עשויה להשאר עגונה. בית המשפט לענייני משפחה לא דן בין הצדדים ולא שמע את טענות האשה ואת העילות שלטענתה הביאו אותה לנטוש את בית בעלה. אילו היה בית המשפט מודע לטענות הקשות של האשה, טענות אלימות הבעל כנגדה ושהותירה בלא מזונות, ושכבר התקיים הליך לסדור גט ביניהם, הליך שלא הושלם, יתכן שבית המשפט היה מתייחס אחרת לנושא זה. בטרם התברר משפטם בבית הדין, ועדיין לא התקבלה הכרעה משפטית בתביעת הגירושין, לא ניתן לכפות על האשה להביא למצב בו תמנע ממנה האפשרות לברר בדרך משפטית את הסכסוך שביניהם, ולחייבה להביאה למצב שבו קיים חשש שתשאר עגונה, אף אם תחזור לארצות הברית. וכל זאת בלא הוראה מפורשת בחוק, המחייבת נקיטת צעד כזה.

בתיק שבפנינו קיימת בקשה נוספת להוצאת צו עיכוב היציאה. הבקשה הוגשה על ידי אחי האשה. הנ"ל פנה בכתב לבית הדין ובקש לעכב את יציאת הבעל מהארץ, מחשש שיציאתו מהארץ תביא לכך שאחותו תשאר עגונה.

מטעם האשה. במקרה שבפנינו הוגשה בקשה מתאימה על ידי אחי האשה. אך גם אם הנ"ל יחוייב להסיר את בקשתו זו, בית דין מוסמך לעכב את יציאת הבעל, גם בהעדר בקשה פורמאלית, כל עוד בית דין נוכח לדעת שהאשה מעוגנת ויציאתו מהארץ עלולה להביא לעיגון האשה ולתקלות מוסריות אחרות.

ג. בבית הדין התקיים דיון ראשון בתביעת הגירושין לגופה. האשה טענה כי נאלצה לעזוב את בית בעלה בארדה"ב עקב התנהגותו האלימה, הן אלימות פיזית והן אלימות מילולית, ומלבד זאת טענה כי ארע שהבעל נעדר מהבית למספר ימים והותירה עם בנה הקטן בלא כלכלה בסיסית. הבעל הכחיש את טענת האלימות הפיזית, אך הודה שהמצב ביניהם היה מתוח עקב חשד שהתעורר בקרבו בעקבות קשר מסויים בין האשה לידיד מהארץ.

נציין שבזמנו הצדדים הופיעו לבית דין של חב"ד באורלנדו ועשו את ההכנות לסדור גט פיטורין ביניהם, אלא שההליך לא הושלם. ודבר זה מוכיח שבני זוג היו תמימי דעים, באותה עת, שנישואיהם הגיעו לקיצם. אך כעת הבעל טוען לשלום בית, ובסיום הדיונים, בבית הדין בית הדין יפסוק בתביעה זו. עד לסיום ההליך הבעל יעוכב בארץ.

בית הדין סבור ששיקול זה של מניעת עיגון האשה, הוא שיקול בעל משקל רב ביותר, ובהתחשב בנסיבות אלו בהם האשה טוענת שברחה מבעל אלים, ושהחסיר מזונות ממנה ומבנם הקטן, אף שטענות אלו עדיין מתבררות בירור משפטי שלא הגיע לסיומו, אך כל עוד לא הוכח כי שקר בפיה, לא יתכן להתעלם מביטור טענותיה ולאפשר לבעלה לעזוב את הארץ ולהותירה עגונה.

החלטה

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, וכן הוגשה בקשה לעיכוב יציאת הבעל מהארץ.

התקיים דיון אחד במעמד שני צדדים ובאי כחם. בדיון זה הבעל טען טענות מקדמיות לשלילת סמכות בית הדין, והאשה טענה כי בית הדין מוסמך לדון ולפסוק בתביעת הגירושין.

מלבד זאת, האשה הודיעה לבית הדין על בקשתה להסרת צו עיכוב היציאה, וזאת בהתאם להוראת בית המשפט לענייני משפחה שהורה לה למשוך את בקשה מיידית. ובדיון בתביעת הגירושין הצדדים השמיעו את טענותיהם.

בשלב זה, בתום הדיון הראשון בין הצדדים אנו פוסקים - א. חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג - 1953. סעיף מס' 1 קובע - "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו השיפוטם היחודי של בתי דין רבניים".

מלשון החוק עולה כי די בכך שהצדדים אזרחי המדינה, ואף שאינם תושביה של מדינת ישראל, כדי לקבוע את סמכות בית הדין לדון בענייני נישואין וגירושין שביניהם. על כן מאחר ששני הצדדים הם אזרחי ישראל, בית הדין מוסמך לדון בתביעה זו.

ב. בקשת האשה להסרת עיכוב היציאה הוצגה לבית הדין, אך העיכוב ישאר על כנו וזאת בהתאם לתקנות הדיון תקנה קו (2) הקובעת את סמכות בית הדין לעכב יציאת הבעל מהארץ מחשש לעיגון האשה, גם בלא שקיימת בקשה

סימן ט

מקום הדיון, והאם יש מקום לשיקול המתחשב בחשש לסתימת טענות

בעניין העסק, שידונו במקום העסק. וגם אם הנתבע דר במקום אחר, עליו לבוא לדיון במקום שבו נעשה העסק. וראו מתקני התקנות לראות דין תורה בסכסוך שבין בני זוג כדיון סכסוך על עסק שנעשה בין שני צדדים, שמקום הדיון בסכסוך על העסק, הוא המקום שבו נעשה העסק.

לפי זה, במקרה שהזוג גר במקום מסויים, מגורים ארעיים של ימים ספורים, (עד שלושים יום שעדיין אינם בגדר יושבי העיר, יעויין סנהדרין קיב.) המקום עדיין אינו בגדר מקומו של העסק. יש להניח שאם באו לגור לימים ספורים עדיין לא ראו את המגורים כעין פתיחת עסק משותף במקום חדש, אבל כשבאו לגור על מנת לקבוע את ביתם במקום זה, וכבר גרו יחד באותו מקום פרק זמן משמעותי, אלו הם מגורים שיש לראותם כעסק בין בני זוג ויש לדון בתביעות ההודיות במקום העסק.

בכל מקרה, גם אם התקנה תתפרש בדרך אחרת, עכ"פ לא מצאנו בגוף התקנה הגבלות וסייגים, על כן יש לקבוע

הצדדים נשואים מספר שנים ולהם שני ילדים, האשה עזבה את הבית, עם שני הילדים. בתחילה עברה לבית הוריה, ולאחר מכן עברה לגור בעיר אחרת.

כעת בפני בית הדין תביעת הבעל לשלום בית, וכן הבעל מבקש להורות על הסדרת ביקורי הילדים אצלו.

מקום המגורים המשותף האחרון של בני הזוג היה באזור שיפוט בית הדין.

בתקנות הדיון של בתי הדין בסעיף י' (1) נקבע - "תביעה בין בני זוג בענייני אישות תוגש לבית הדין הרבני של מקום המגורים האחרון של בני הזוג". על כן לפי תקנות הדיון, במקרה הנוכחי, מקום הדיון הוא בבית הדין האזורי כאן.

כפי הנראה, הסברא העומדת מאחורי תקנה זו היא עפ"י תשובת מהרשד"ם חח"מ ס"י קג וסי' שפו שאם נעשה עסק בין שני אנשים במקום מסוים, אנו תולים שמסתמא קיימת הסכמה, שאם יתעורר ביניהם סכסוך ויגיעו לדיון תורה

הדין, למרות שלא שהתברר דבר המוכיח שאמנם מתקיים מצב שבו הדיינים לא יאמינו לו מפני מראהו החיצוני. וע"ע במסכת כתובות דף סט. תוד"ה ואישתיק, ובחי' הריטב"א (שם) שכתב בלשון זו - "כל כי האי גוונא אין לו לדיין לשתוק שלא יסתתמו טענותיו של בעל דינו, שהוא סבור דכיון שהדיין שותק הדין כן". דהיינו, סתימת הטענות נובעת ממחשבתו של בעל הדין, למרות שאינה מבוססת על דברים ברורים, אלא על שתיקת הדיין.

בשור"ת מהר"ם מרוטנברג (דפוס פראג) סי' שלג, (הודפס בשור"ת הרשב"א ח"א סי' אלף וקז) הובא במרדכי במסכת שבועות (רמז תשס"א), וכן הובא בקצרה בב"י חו"מ סי' יז, כתב - "אשר שאל, אם שמעון הנתבע אמר מרצוני שישבו אוהבי אצלי כשאתעון עמכם שלא יסתתמו טענותי כי אתם הרבים או דלמא מצו השותפים לומר לא מגלינא טענותינו בפני אוהביך, דלמא מרמוזי לך ברמיזותיהו וקריצותיהו לטעון. נראה בעיני דשותפים נמי אין להם לישיב שם כולם כשאחד מחבריהם טוען עם היחיד. ודאי טענותיו דשמעון טענה דקא מסתתמי טענתיה דשנים או שלשה יודעים להערים יותר מן האחד. ואיכא למיחש נמי לדידהו דלמא מרמוזי אהדדי כשישמעו טענותיו של הנתבע ויערימו יותר מאלו היה אחד מהם לבדו טוען עמו ועוד דקמסתתמי טענתיה כדפי', דדמי עליה כאריא ארבא, וכי מותר להרביץ אריא בב"ד כדי שיראהו הנתבע וידאג מלפניו ויסתתמו טענותיו. ודבר פשוט דלא גרע מאחד לבוש איצטלא ואחד לבוש סמרטוט, שאומרים לו לבוש כמותו או הלבישו כמותך (שבועות ל"א ע"א), וכן שלחו פומייכו וחותרו לדינא. וחכמי התלמוד לא יכלו לכתוב ולברר כל הדברים הגורמים לסתום טענות הבעל דין, אלא כתבו לנו קצת, ותן לחכם ויחכם עוד בזה וכיוצא בזה יחושו הדיינים. וכ"ש היכא דקא טעין איהו בהדיא דמסתתמי טענותיו והדבר ידוע שהוא כן" עכ"ל.

נראה פשוט שמש"כ בסוף התשובה "והדבר ידוע שהוא כן", היינו, שידוע שיש לחוש שיסתמו הטענות של בעל הדין. הרדב"ז בתשובה (ח"ב סי' תשנ"ג) כתב כדעת מהר"ם, והוסיף בהגדרת הדברים. וז"ל - "שאלת ראובן ושמעון באו לדין ושמעון הביא מיודעיו עמו וראובן אומר יסתתמו טענותי ואמר לו שמעון גם אתה תביא מיודעך עמך, וראובן אמר איני חפץ אלא שנינו לבד.

תשובה. הדין עם ראובן, כיון שהוא טוען שיסתתמו טענותיו שומעין לו, כי שמא מיודעיו של שמעון חריפי טפי ומרמוזי לשמעון טענות, או שמא הם חזקים או אלמים או כיוצא בזה. והראיה מההיא דאמרין היה אחד לבוש אצטלא וכו' והשתא ומה אם לענין המלבוש חששו חכמים כ"ש למיודעים ... ומ"מ אם יראה לב"ד שיסתתמו טענותיו לטעון כנגד רבים יבררו להם אחד שיטעון על כולם או יטעון כל אחד לבדו על חלקו ולא יהיו שם שאר השותפין. כללא דמילתא, אי טעין קא מסתתמן טענתאי, ויראה לבית הדין שיש ממש בדבריו, אפילו בדרך רחוקה, שומעין לו", עכ"ל.

שעל פי תקנות הדין, מקום הדיונים בין הצדדים יהיה בבית הדין בצפת, גם אם אחד מהם כבר אינו מתגורר כעת בביתם. לפי התקנות הדין כן, אף כששניהם כבר אינם מתגוררים במקום זה, וכל אחד עבר למקום אחר.

אמנם בגוף תקנות הדין, ניתנה לבית הדין הסמכות, להפעיל שיקול דעת במקרים מיוחדים, ולהעביר את הדיונים לבית דין אחר, תוך חריגה מהקבוע בסעיף י' (1) הנוצר לעיל, וזאת בהתאם לסעיף כ' וסעיף כא מתקנות הדין.

במקרה הנוכחי החלטנו להמנע מחריגה מכללי הסמכות המקומית הקבועים בסעיף י' (1) ושלא להורות על מקום הדיונים במקום מגוריה של האשה עם הילדים, ולהלן הנימוקים לכך -

במקרה הנוכחי ראינו אצל הבעל התנגדות חזקה להעברת התיק לבית הדין שבאזור מגורי אשתו, עקב טענות שהעלה על היחס שקבל מצד האב"ד, המכהן בראש ההרכב האמור לדון בעניינו, אם יתקיימו הדיונים במקום מגורי האשה.

יובהר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, שבית הדין דחה על הסף, הטלת שמץ של דופי בדיין בישראל, ק"ו באב"ד ותיק גדול בתורה, והמפורסמות אינו צריך ראייה. מלכתחילה הובהר לצדדים שבית הדין אינו מוצא לנכון לבחון את טענות הבעל לגופן, ואינו מקבל אותן.

אך ביחס לשאלה הנוכחית של מקום הדין, יש משקל לטענות אלו, לכל הפחות על מנת למנוע חריגה מכללי הסמכות המקומית הקבועים בתקנות הדין.

כאמור לא התבררה טענה כלשהיא מטענותיו של הבעל, אך נוכחנו לדעת שבנסיבות הנוכחיות, יש לחוש שטענותיו של הבעל יסתתמו בעת הדין בבית הדין המבוקש על ידי האשה. ויובהר כי לענין ההלכה הנובעת מהצורך למנוע חשש לסתימת טענות בעל דין, הדברים אינם נקבעים על פי המציאות האובייקטיבית, כפי שהדברים מוכרעים בשאר הנושאים המתבררים בבית הדין, שבהם בית הדין אינו מסיק מסקנות בהתאם לטענת בעל הדין בלבד, ומוטל על בית הדין לברר את המציאות. אך בשאלה שעמדה בפנינו, הדין נקבע על פי המחשבות שבראשו של בעל הדין, וההכרה המקנת בלבד, שמעמדו באותו בית דין יהיה נחות.

להלן נציין מקורות לכך, וכן נביא ראיות שהלכה זו הקובעת את הצורך במניעת מצב שבו טענותיו של בעל הדין יסתתמו, יש ומחייבת פעולות מקדמיות בפתיחת הדין, ופעמים מחייבת העברת הדיונים להרכב אחר.

בטור חו"מ סי' יז כתב בלשון זו - "אם אחד לבוש בגדים נאים והשני בגדים פחותים ובזויים יאמרו לזה לבוש כמותו או הלבישוהו כמותך שלא יסתתמו דבריו, שיחשוב שישאו לו פנים בשביל בגדים.", ומקורו ברש"י שבועות לא. ד"ה לבוש כמותו, שכתב - "או יסתתמו דברי שכנגדך מפני חשיבותך ואמר איך יאמינו בי בית דין על אדם חשוב כזה". מבואר שסתימת הטענות נובעת ממחשבה הנמצאת בלבו של בעל

הדין בנקודה זו, עכ"פ יש להמנע מלפתוח בדיון במקום שיש לחוש לסתימת הטענות.

השבות יעקב (בתשובה ח"ג סי' קמא) השיב לבעל הדין במקרה שבו עלתה טענה שקיים חשש לסתימת טענות בעל הדין עקב היות הצד השני, (דהיינו, המכותב לתשובה זו) אדם נכבד.

מצד אחד השבות יעקב דוחה את טענה שיש לחוש לעיוות דין, אך למרות זאת מורה על העברת הדין לבית דין אחר. וז"ל - "על משמתי אעמודה שהדין עם צד שכנגדו ... מ"כ הוא נשיא בעמיו בחכמה ובמעלה ובעושר ובתקיפות כמותו י"ב, ומי יכחיש הידוע, ואינני ח"ו נותן אשמה להמ"ץ שלו שיעות ח"ו משפט, או למכ"ת שינטור לו שנאה עבור זה וכ"ש שידיחנו לארץ אחרת כי לא נחשדו ישראל על כך ומאן דקשקלי ליה גלימא בבית דינא ליזמר וליזל שצדקה לזה שהוציאו גזילה מתחת ידו. מ"מ מידי הרהור לא יצאנו שהצד שכנגדו יסתתמו טענותיו. פוק חזי כמה הרחיקו בזה חכמי ישראל החסידים כדאיתא בכתובות ובשבועות הרבה דברים דרשו על בצדק תשפוט עמיתך שיהיו שניהם שווים לו. ולו יהיה כדברי מכ"ת שאין לפסול המ"ץ שלו כאשר אינו כן ע"פ הדין, לפע"ד מ"מ יש להסתלק את עצמו, כדאיתא אם רואה הדיין שבע"ד חושדו וכו' ע"כ אם ישמע מכ"ת לעצתי לא ישמע לקול מלחשים ... ואותן הוצאות של הרבנים והכתבים הכל יקח לילך אחר בית דין יפה", עכ"ל.

בבית הדין נשמעה טענה מצד ב"כ האשה, על הוצאות הדרך הנגרמות לאשה, עקב הנסיעות ממקום מגוריה לכאן. הבעל הודיע שהוא מוכן לשאת בהוצאות אלו, אך גם אם ישא בהוצאות, עדיין הנסיעה כרוכה בטרחת הדרך, ויעדיין בתשובת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' מז, שתשלום הוצאות אינו מטיל חיוב ללכת לבית דין מרוחק, כשעל פי דין אינו מחויב בכך, וזאת מפני שעכ"פ קיימת טרחת הדרך.

טענה זו זכתה להתייחסות בתשובת עבודת הגרשוני (שם), וז"ל - "עדיין יש לבעל דין לחלוק ולומר, ודאי לכתחילה יש להשוות בעלי הדין בכל היכולת ומהיות טוב גוי. אבל לכוף לאחד מהצדדים להוציא ממון ולהרבות בהוצאות כדי שלא יסתתמו טענות חבירו, זה לא אמרינן. ובנ"ד אפשר שיצטרכו הנתבעים להרבות בהוצאות אם ילכו לבית הדין הסמוך ... אבל האמת יעשה דרכו שזה אינו. ואדרבה ממקום שבאת משם ראייה, שהרי מסקינן שם ה"מ היכא דקאמר ליה למלוה, אבל מלוה, עבד ליה לאיש מלוה. שמעינן מהא שאין אנו חוששין לרבויה הוצאות הלואה ... ה"ה נמי בנדון דידן נאמר שלא נחוש לרבויה הוצאות של הנתבעים כדי שלא יסתתמו טענות התובעים ויצא הדין לאמיתו ... נראה לענ"ד שבנ"ד הדין עם התובעים, כי אם יש טענת סתימת טענות לנתבע שומעין לו ג"כ, אפילו במקום שיצטרך התובע להרבות בהוצאה עבור זה, כי אלים ועדיף טענת סתימת טענות מטענת נלך למקום הוועד כדי שיתבייש

פעמים שטענה זו, שישתתמו טענותיו, מחייבת לקיים את הדין בבית דין אחר, בניגוד לכללי ההלכה המקובלים שהתובע הולך אחר הנתבע.

בשו"ת עבודת הגרשוני סי' מז נשאל במקרה בו התובעים משיבים שאינם רוצין לדון עמהם בעירם של הנתבעים, וטענתם היא - "באשר שהם תקיפים בעירם ויש להם יד ושם אצל השררה, יראים לדון שם ומסתתמים טענותיהם".

בתשובת עבודת הגרשוני השיב - "לענ"ד פשוט וניכרים דברי אמת וצדק שיש חשש סיתום טענות בנידון הזה, וא"כ הדין עם התובעים, והנתבעים מחוייבים לציית עמהם לדין בבית הדין הסמוך או בזבל"א הממוצע כי היכא דלא יסתתמו טענות התובעים. ופוק חזי כמה שקדו חכמים לסתימת טענות של אחד מבעלי הדין עד שאמרו ... שנים שבאו לדין אחד לבוש סמרטוטין ואחד לבוש איצטלית בת מאה מנה שאומרים לבוש כמותו או הלבישהו כמותך ... שלופו פוזמקייכו וחותרו לדינא ע"כ ופרש"י לבוש כמותו שלא תגרום לנו לישא לך פנים או יסתתמו דברי שכנגדך מפני חשיבותך כו' ע"כ. ונראה לענ"ד שהדברים ק"ו. מה התם גבי שינוי מלבושים הוא חששא רחוקה שישא לו פנים, כי מאחר שהדיינים יודעים ומכירים בעלי הדין שזה עני וזה עשיר, מה לי אם ילבושו שניהם סמרטוטין או איצטלאות, אם ישאו פנים לעשיר ח"ו, ישאו. אעפ"י כן חששו חכמים, שמא מחמת לבושת האצטלא ישאו פנים או יסתתמו טענות צד שכנגדו. בנידון דין שיש קפידא גדולה על אחת כמה וכמה שיש לנו לחוש לסתימת הטענות", עכ"ל.

ובשו"ת ארץ צבי להג"ר צבי הירש תאומים ז"ל חחו"מ סי' א' כתב, וז"ל - "לפי מש"כ בשו"ת עבודת הגרשוני סי' מז דהיכא שהתובע טוען שלבו נוקפו לדון בעירו של הנתבע שלא יסתתמו טענותיו, מחוייב הנתבע לילך למקום התובע יעו"ש. וא"כ בנ"ד שטענה ביד ר"א שמתירא לעמוד בדין אצל הרב הנ"ל מחמת שראה עקמומית בהרב דשם ושנראה לו שהחזיק ביד האשה ומראה פנים שהדין עמה, שפיר יש לחוש לסתימת טענותיו של ר"א וכופין את האשה לדון במקום אחר, ואין הרב הנ"ל רשאי לדון בזה אחר שהראה שמהפך בזכות האשה במכתבו", עכ"ל.

מבואר בתשובה זו, שהג"ר צבי הירש תאומים ז"ל הוציא מתשובת עבודת הגרשוני "דהיכא שהתובע טוען שלבו נוקפו לדון בעירו של הנתבע שלא יסתתמו טענותיו, מחוייב הנתבע לילך למקום התובע", היינו שהעניין נובע מעצם הטענה, וכן מכח הטענה של ר"א שראה עקמימות ברב, אף שלא התבררה טענתו. כפי הנראה היה ידוע רק שהרב היפך בזכות האשה במכתבו.

נוסיף ונציין לתשובת השבות יעקב ממנה עולה, שאין זיקה בין שאלת קביעת מקום הדיונים, להטלת ספק אמיתי בשאלת האפשרות לקיים דיון כראוי ומתן פסק דין לאמיתה של תורה. דהיינו, אף שאנו סמוכים ובטוחים שלא יארע חלילה עיוות דין, ודוחים על הסף כל טענה העולה מצד בעל

הבעל לשלום בית, התקבלה בקשה האשה, המבקשת מבית הדין למחוק מההחלטה כל התייחסות לשאלת חיוב הבעל בגט. וזאת בטענה שתביעת הגירושין אמורה להיות נידונת בבית הדין באזור מגוריה הנוכחי, שם הוגשה תביעה זו מטעם האשה.

אין מקום להיענות לבקשה לפצל את הדיונים בין שני הרכבים שונים, דהיינו שבית הדין כאן ידון בתביעת שלום הבית של הבעל בלבד, ובית הדין הנ"ל ידון בתביעת הגירושין של האשה. בקשה זו תמוהה. שלום בית וגירושין, הם שני צדדים של אותה מטבע, וביסוד הדברים, הטענות הן אותן טענות, על כן, אין ראוי לפצל את הדיונים בשתי תביעות אלו בין שני הרכבים, אלא ראוי שההרכב הדין בעניין אחד ידון גם בשני.

פעמים שעורכי הדין או טו"ר העוסקים בנושא, עשויים לבוא לידי טעות מכח ההסדרים הפרוצדוראליים המתייחסים בדרך שונה לתביעת גירושין לעומת תביעת שלום בית. מזכירות בית הדין קבעה אגרה שונה לכל אחד מהתיקים, ומונעת מלדון בתביעת שלום בית בלא פתיחת תיק נפרד, למרות שכבר נפתח תיק לגירושין על ידי הצד השני.

אך כשהצדדים כבר נמצאים בפני הדיונים בתוך אולם בית הדין, הכל עניין אחד. שאם טענות הבעל לשלום בית יתקבלו, ממילא תביעת הגירושין תדחה. וכן להיפך, אם טענות הבעל לשלום בית ידחו, הרי שאותם טענות שהביאו לדחיית התביעה לשלום בית הם גופא הבסיס לבירור שאלת חיוב הבעל בגירושין, ודרגת החיוב.

על כן לאחר שפתחו בדיונים בבית הדין כאן, אין מקום לקיים את המשך הדיונים באותו נושא בפני הרכב אחר. הלכה זו, שאין להעביר את הדיון לבית דין אחר להמשך הדיונים בפניהם מבוארת בריב"ש.

וז"ל הריב"ש סי' שנד (הובא בב"י חו"מ סי' עט) - "גם נראה, שמאחר שדייני מורסייה, פתחו בדיניה, ומורשה שמעון, עשה תביעתו בפניהם, צריך שיגמר הדין שם בפניהם. כדאמרינן בב"ק פרק הגזול בתרא (ק"ב:): דהיכא דלא פתחו בדיניה, מצי נתבע למימר לבית דין הגדול קא אזילנא, אע"ג דהאי בי דינא, נקיט רשותא למידן, מב"ד הגדול. והיכא דפתחו בדיניה, לא מצי למימר לבית דין הגדול קא אזילנא. אלא, צריך שיגמור הדין על פי הדיונים שהתחילו לדון בו. בנדון זה, נמי, אע"פ שהוחזק כפרן, ומעתה אין ראובן יכול לטעון כלום, וגם שאלת החפצים נעשית באילג מכל מקום, כיון דפתחו בדיניה במורסייה, צריך שיגמר הדין שם. ולאחר שיחייבו דייני מורסייה את ראובן, אם לא יחזיר את החפצים או דמיהם, כפי מה שיעריכם שמעון בדבר, ראוי למראית עיני הדיונים. אז יביא פסק דין, מדייני מורסייה, ושטר אדרכתא שיעשו לו הדיונים ההם, על נכסי ראובן, לפני דייני אילג. והם יעשו שומא בנכסי ראובן שבאילג".

חבירו ... וא"כ בנ"ד שניכרים דברי אמת שיש לחוש לאימת הדיינים ולסתימת הטענות, פשוט הוא שמחוייבים הנתבעים לירד במקום הממוצע בזבל"א או בבית הדין הסמוך".

העולה מכל האמור לעיל -

א. הלכה היא בהלכות דיינים, קיימת חובה למנוע מצב שבו יהא מקום לחוש שיסתתמו טענות בעל דין.

ב. סתימת הטענות נובעת ממחשבתו של בעל הדין, בטרם החל הדיון. ויש להתחשב בכך גם בלא שהוכח בראיות ובעובדות מוצקות, שאכן עומד להתרחש מצב של עיוות דין, בבית הדין בעת הדיון. ולמרות שברור שאין כלל הו"א שחלילה יארע עיוות בדינו, מוטל על בית הדין לשנות את המציאות הגורמת לסתימת הטענות, כגון למנוע מצב שאחד לבוש בגדים פחותים והשני איצטלא יקרה. וכן עליהם למנוע, בטרם החל הדיון, שישבו עם בעל הדין השני, אנשים שעליהם נטען שהם עלולים להביא לסתימת טענותיו. וכל זאת גם בטרם התברר שהם אכן מביאים לסתימת הטענות.

ג. פעמים שטענה זו לחשש לסתימת הטענות מביאה את בית הדין לפסוק שמקום הדיון הוא בבית דין אחר, ובניגוד להלכה המקובלת שהתובע הולך אחר הנתבע.

ד. "חכמי התלמוד לא יכלו לכתוב ולברר כל הדברים הגורמים לסתום טענות הבעל דין, אלא כתבו לנו קצת, ותן לחכם ויחכם עוד בזה וכיוצא בזה יחושו הדיונים. וכ"ש היכא דקא טעין איהו בהדיא דמסתתמי טענותיו והדבר ידוע שהוא כך" - לשון מהר"ם. "כללא דמילתא, אי טעין קא מסתתמן טענתאי, ויראה לבית הדין שיש ממש בדבריו אפילו בדרך רחוקה, שומעין לו" - לשון הרדב"ז.

ה. במקום שיש לחוש לסתימת הטענות, יש להורות על דיון בפני בית דין שבו אין חשש כזה, אף אם הדבר גורם להוצאות הדרך ולטרחה נוספת.

נחזור לנידון דנן, בית הדין נוכח שעקב מחשבתו של הבעל קיים חשש לסתימת הטענות, על כן הוחלט להמנע מהעברת התיק שבפנינו לבית דין אחר, העברה הכרוכה בחריגה מכללי הסמכות המקומית, הקבועים בתקנות הדיון. אמנם אנו מחוייבים לזהירות רבה, בישום הלכה זו, מפני הזהירות הנחוצה למנוע מצב שטענה כזו תשמש את בעל הדין, שלא בתום לב, אלא על מנת להטריח את הצד השני למקום אחר, וכטקטיקה במסגרת המאבק המשפטי נגדו. אבל אין כך פני הדברים, כשמניעת הדיון באותו מקום אינה סותרת את התקנות. עכ"פ לא היינו נזקקים לכתוב את דברינו, לולי השתכנענו שבמקרה הנוכחי החשש לסתימת הטענות הוא ממשי.

במקרה זה, לאחר הדיון לגופה של תביעת הבעל לשלום בית, ולאחר שניתנה החלטה מפורטת ומנומקת בתביעת

יכול לומר לבי"ד הגדול קא אזילנא. (ודחק בדברי רבינו ירוחם דמשמע לכאורה להיפך).

עכ"פ לפי ביאור של הרב בית מושב, עולה שמסוגיא זו למדו הריב"ש והב"י שלאחר שפתחו בדינא אינו יכול לומר לבית דין הגדול קא אזילנא, ולמד הריב"ש בק"ו, שאינו יכול לומר לבית דין אחר, שאינו בית הדין הגדול, קא אזילנא.

נראה שהלכה זו היא עניין יסודי בהלכות דיינים שלא לפצל את אותו דיון בין שני הרכבים מחשש לשיבוש המשפט, מחשש שבעל הדין, לאחר שטען וראה איזה טענות מתקבלות, ילמד לשקר ולטעון טענות המתקבלות, ובית הדין השני שלא שמע טענותיו הקודמות יתקשה להעמיד הדברים על אמיתותם, (ובנקודה זו עיון בפרוטוקולי הדיון של בית הדין הראשון אינו פותר את החשש באופן חלקי בלבד).

יתכן שקיים כאן שיקול נוסף, מצד הבית דין גופא, שלאחר שפתחו בדין, הוטלה עליהם המצוה "בצדק תשפוט עמיתך", ואין נכון להפסיק הדיון באמצעותו.

ויעויין בלשון הרמב"ם בספר המצוות מצות עשה קעו (לפי תרגום הגר"י קפאח ז"ל) - "הציווי שנצטוו הדיינים ... בצדק תשפוט עמיתך ... מצוה לדון דין תורה אם היה בקי בכך ובעלי הדין התחילו לטעון לפניו". (גם לפי התרגום הישן כך יתפרשו דברי הרמב"ם, חילוקי הנוסחאות הם בתרגום ולא במהות הדברים, ואכמ"ל). הרי עולה מדברי הרמב"ם שלאחר שהתחילו לטעון בפני בית הדין, על בית הדין מוטלת המצוה "בצדק תשפוט עמיתך". ובספר אור זרוע סנהדרין סי' ד' כתב בסוגיית "לא תגורו" - "אבל שניהם חוקים אפילו קודם שידע להיכן הדין נוטה, משתשמע דבריהם אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם וחייב ליטפל בדינם, דמצות עשה היא דכתיב בצדק תשפוט עמיתך".

מסקנת הדברים - יש להורות על המשך הדיונים בין הצדדים בתביעות לשלום בית ולגירושין, בפני בית הדין שכבר החל לשמוע את טענותיהם.

ובב"י חו"מ סי' יד כתב - "בפרק הגזול בתרא דהיכא דפתחו ליה בדיניה לא מצי למימר לבית דין הגדול אזילנא ועיין בתשובת הריב"ש (סי' שנד) שכתבתי בסימן ע"ט".

הרי מבואר שלאחר שפתחו בדינא בבית דין אחד אין מקום לטענה המבקשת להעביר את הדיון לבית דין אחר. אמנם עיקר דינו של הריב"ש והב"י טעון בירור, ולכאורה דבריהם צ"ע, וכמ"ש בספר כנסת הגדולה חו"מ סי' יד הגהות ב"י סעיף ד' להקשות על הריב"ש, דבגמ' בב"ק דף קיב: מבואר שגם לאחר שפתחו בדינו יכול לומר לבית דין הגדול קאזילנא, אא"כ נקט דיסקא. ועי"ש בכנסת הגדולה שכתב סברא לחלק בין קבלת עדות שלא בפניו, בה עוסקת הסוגיא, "אבל לענין הדין, כיון דפתחו ליה בדיניה לא מצי למימר לבית דין הגדול קא אזילנא".

אך דבריו אינם מתקבלים בביאור דברי הריב"ש והב"י שהוציאו את דינם מסוגיית הגמ', ואילו לדעת כנה"ג, אמנם מהסוגיא אין סתירה לדינם, אך סוגיא זו אינה יכולה להיות כמקור לדין זה.

ובספר בית מושב על הלכות דיינים לרבי אפרים נבון ז"ל נכדו של בעל המחנה אפרים (הספר י"ל לאחרונה ע"י מכון משנת רבי אהרן), כתב בסי' יד לבאר את דינו של הריב"ש, וכן את השמטת הרי"ף והרמב"ם שהשמיטו הלכה זו שלאחר שפתחו בדינו יכול לומר לבית דין הגדול קא אזילנא, ואין מקבלים עדים שלא בפניו (כמבואר בב"י סי' כח). ולפי דרכם אם פתחו בדינא לעולם אין מתקבלת טענתו שרוצה ללכת לבית הדין הגדול, וכמבואר בריב"ש.

ובאר רבי אפרים נבון ז"ל הסוגיא, וז"ל - "על זה אמר רבינא כגון דנקט דיסקא, כלומר החידוש דאמרינן אבל לא פתחו ליה בדינא דמצי לומר לבית דין הגדול אזילנא ואין מקבלים, הוא אפילו שנקט דיסקא, דאז כל שלא פתחו ליה בדינא אפילו שלא אמר לבית דין הגדול אזילנא, אין מקבלין משום דמצי למימר לבית דין הגדול כו".

ועי"ש שהעלה כדבר ברור, שלאחר שפתחו בדינא אינו

סימן י

חייב הנתבע בהוצאות גביית החוב בלשכה להוצאה לפועל

יד שבט תשס"ב

רשאי לפנות להוצל"פ לגביית הצ'קים שבידו. דא עקא, שהליך גביית החוב בהוצל"פ כרוך בהוצאות, ומאחר שהנתבע אינו בקיא בדרכי הפעולה בהוצל"פ, שכר שירותי עו"ד, ובהליך זה הושת על התובע תשלום הוצאות מהם שכר טרחת עו"ד לרבות תשלום רבית והצמדה ואגרות מעל 6000 ש"ח. כך שבסופו של דבר לצורך גביית שני צ'קים בסך כולל של 13,581 ש"ח נאלץ התובע לשלם 19,828 ש"ח.

ונציין להחלטה אחרת שבה נכתב - "במידה שיתעורר ספק ביחס לסכום מסויים שהנתבע לא היה זכאי לקבלו על

בעקבות דין תורה שהתקיים בבית הדין, ובא לידי סיומו, ניתנה החלטה שבה נכתב - "מוטל על התובע להשלים את התשלום המחוייב למוכר בהתאם לחוזה. במידה שתוך שלושים יום לא ישולם הסכום המלא, יוכל הנתבע להמשיך בהליכים בהוצל"פ".

כעת התברר שהתובע לא פעל בהתאם להוראת בית הדין, והצ'קים שביד הנתבע לא היו ראויים לפירעון עקב הזמן שחלף מעת חתימתם. ולא הוסדרה דרך חילופית לתשלום. בנסיבות אלו בהתאם להחלטה הנ"ל, הנתבע היה

לשלם לו חובו מחויב לשלם, אף דראובן תבע בערכאות בלי רשות ב"ד, נראה דז"א. דהש"ע בסי' כ"ו מיירי רק אם הלך לערכאות קודם שפסקו הב"ד, והרי לא היה ידוע אולי יזכה הנתבע גם בדיני ישראל, בזה צריך לעשות ברשות בית הדין, כמו שמורה לשון השו"ע שם. אבל אם כבר תבעו בב"ד ויצא שמעון חייב, א"כ ודאי מגיע לראובן משמעון בזה לקיים הפס"ד, א"צ רשות ב"ד ובכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה. ומ"ש בלשון הסמ"ע שם שאין מתירין לו לילך בערכאות אלא א"כ אין יכולין להוציא מידו ע"י אדרכתא, היינו נמי בכה"ג שלא רצה לעמוד כלל לדין ולכן לא היו יכולין להוציא ע"י אדרכתא. אבל אם כבר פסקו הבי"ד הדין לכופו לקיים דין ישראל, א"צ רשות ב"ד כיון דהוי רק כפיה לעשות מה שישראל אומרים לו, וכדין עשה ראובן.

על כן נראה שיש לחייב את הנתבע בכל ההוצאות שהיו הכרחיות לגביית החוב.

ונציין למש"כ בשו"ת מהרש"ם ח"א סי' פט שהביא מתשובת נאות דשא סי' נא, שהוצאות "שיש הוכחה על פי הבנת בית הדין שהיה מוכרח להוציא" הן הוצאות שיוטלו על החייב שלא פרע חוב.

כידוע, אדם שאינו עו"ד, אינו מכיר את הליכי הוצל"פ, ומקובל לשכור שרותי עורך דין מאחר שבלא עו"ד קיים החשש שלא יוכל לזכות בגביית החוב, על כן יש לראות הוצאות אלו כהוצאות מקובלות להצלחת ההליך.

אך יש לדון בזה ממה שמצינו בב"י חו"מ סי' יד שכתב בלשון זו - "כתב רבינו ירוחם בנ"ג ח"א (טו.) שטר אדרכתא ואחלטתא נראה שיפרע אותם התובע שהם לתועלתו לגבות חובו זולתי אם התנה לפרוע כל ההוצאות". אמנם אין מקום לקושיא באדרכתא הנכתבת בניסיונות בהם הלוחה אינו מונע את פירעון החוב, אלא שיש למלוח צורך לחפש אחר קרקע לגביה, אך אם דברי רבינו ירוחם נאמרו בכל גווני של אדרכתא, צ"ע. ובהכרח לחלק בין אמצעים שהם במסגרת ההליך המשפטי בבית הדין, דומיא דאדרכתא, לבין הליכים הנעשים בערכאות, ובהיתר, אך עדיין חסר הביאור בחילוק זה.

טעם נוסף לחייב את הלוחה בהוצאות גביית החוב בהוצל"פ שנגרמו עקב סירובו לשלם את החוב, ניתן לומר על פי שיטת הנתיבות סי' רלב סק"י שכתב - "וכן נראה בלוחה שהיה דר עם המלוחה במקום אחד ולוחה ממנו מעות, ואח"כ עקר הלוחה מקום דירתו למקום אחר, שמחוייב לשלם דמי הלוחה למקום שלוחה ממנו על הוצאותיו. שבגרמת נזק כי האי חייב. ודוקא כשהמלוחה עקר דירתו פטור, דהמלוחה הזיק עצמו, אבל כשהלוחה עקר חייב. ואף שהלוחה לא נתכוין להזיק, מ"מ נראה דחייב, כמו הכא, אף שהלוחה לא נתכוין להזיק, ומ"מ חייב דהוצאה הזיק ממון גמור הוא, ולא גורם הוא". עכ"ל הנתיבות, ובספר דברי הגאונים כלל נב סעיף ז' הביא דבריו וכתב - "הלכך כל הוצאות חזרת הפירעון חל על הלוחה מדינא, כשהוא מסרב והמלוחה מוכרח להוציא ממנו בערכאות".

פי דין תורה, כגון תשלום ריבית וכיוצ"ב, ביה"ד ידון בנושא". כעת עומדת לדיון השאלה האם על פי ההלכה הוצאות אלו מוטלות על התובע.

בשו"ע חו"מ סי' יד סעיף ה' נפסק - "המתחייב בדין אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו, אע"פ שהזקיקו לדון בעיר אחרת. וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא, אלא שרוצה לדון בעיר אחרת. אבל אם היה מסרב לבא לב"ד, והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד לדין, חייב לפרוע לו כל הוצאותיו (שהוציא משעה שנעשה סרבן). ויש מי שאומר שאם תבעו בערכאות והוציא הוצאות בדיינים וטוענים, אע"פ שמתוך סירובו הוצרך להוליכו בערכאות, אינו חייב לשלם הוצאותיו. הגה: ויש חולקין וסבירא להו דאם הוצרך להוציא עליו הוצאות לכופו על ידי ערכאות של עכו"ם, חייב לשלם לו, וכן נראה לי עיקר, ובלבד שעשאו ברשות ב"ד, כדלקמן סי' כ"ו".

לכאורה, היה מקום לדון את ההליך שננקט בהוצל"פ כתביעה בערכאות, ומאחר שבנידון דנן, הליך זה נעשה ברשות בית הדין, הרי שלפי העולה מפשטות לשון השו"ע נחלקו בזה הרשב"א והרא"ש, והרמ"א הכריע כדעת הרא"ש. ועיין בש"ך שכתב שכן הסכים מהרש"ל כהכרעת הרמ"א, ומבואר שכן הסכים הש"ך להלכה. ולפי זה אין מקום להורות לנתבע להחזיר לתובע את הוצאות המשפט שנפסקו לטובתו, אלא רק את הריבית שקבל.

אך נראה, שכל עוד ההליך שננקט בהוצל"פ היה גביית סכום הכסף המוטל על החייב לשלם, הרי שעיקרו של ההליך זה, אינו בגדר "משפט", אלא בית הדין נעזר במוסד של הוצל"פ להוציא לפועל את פסק דינו. ואינו דומה לדיון בערכאות הנעשה ברשות בית הדין.

ח"ל ספר כנסת הגדולה חלק חו"מ סי' כו אות יד - "כשעמד בדין לפני דייני ישראל ובית דין חייבוהו לפרוע, יראה דרשאי להוליכו לפני הערכאות שלא ברשות בית דין להציל את שלו. הרש"ך ח"א סי' קנ"ב".

הרי שהליך זה של גביה באמצעות הוצל"פ אין דינו כהליך שיפוטי הנעשה בערכאות, ועדיף ממנו, על כן פסק מהרש"ך שלאחר פסק הדין אין צורך ליטול רשות מבית הדין בטרם יגבה את חובו בהוצל"פ.

אך השאלה שלפנינו היא האם לאחר שהוברר חובו של אדם, וגביית החוב היתה כרוכה בהוצאות, האם הוצאות גביית החוב מוטלות על החייב.

בשו"ת מהרי"ט צהלון החדשות סי' ג' נשאל שאלה זו, והשיב - "הדבר ברור שיצחק לאצ'ם חייב לפרוע כל ההוצאות שהוציא כר"נ בערכאות כדי להציל את ממונו". וכן בשו"ת האלף לך שלמה להגאון רבי שלמה קלוגר ז"ל פסק להטיל את הוצאות הגביה בערכאות על הנתבע שנמנע ולא שלם. ח"ל בתשובה חלק חו"מ סי' ג' -

"בנדון הדין ודברים שבין ראובן ושמעון, הנה נ"ל שלא די ששמעון מחויב להחזיר כל הוצאות לראובן מה שהוציא על הקרימינאל, רק שמה שהוציא ראובן על תביעתו לשמעון

סימן יא

האם המיעוט חייב לבטל דעתו לדעת הרוב כשביה"ד דן בנושאים שאינם צריכים להיות נידונים בבית דין

ר"ח אלול תשנ"א

החושן שלא הסכים לסברת המנחת חנוך, משמע דס"ל דגם כשדנים באו"ה יש לשלשתי הדיינים דין בי"ד לכל דבר, ולכן שייך גמר דין לענין הזמה, ובנסיבות אלו המיעוט מחויב לכופ דעתו לדעת הרוב.

אך האמת היא שלכו"ע השלישי מחוייב לחתום על פסק הדין. עיין בחו"מ סי' יט בפת"ש סק"ד שהפוסקים הסכימו לשיטת הבית יוסף שהדיין השלישי מחוייב לחתום על פסק הדין, ובתומים ובעוד אחרונים כתבו מקור לדין זה מהירושלמי במסכת סנהדרין פ"ג ה"י, וכן פסק בערוך השלחן, ובשו"ת דברי יואל חו"מ סי' קמט כתב "דעת רוב הפוסקים שיוכלו להכריח השלישי לחתום על פסק הדין אף שעומד וצווח ככרוכיא שאינו אמת עפ"י התוה"ק".

אמנם עיקר דבריהם נסובו על בית דין שפסקו פסק דין בדיני ממונות, אך הסברא שייכת אף כשבית הדין דן בהלכות איסור והיתר ונחלקו דעות הדיינים, וכמו שיבואר. בעיקר דינו של הבית יוסף מצינו שתי סברות עקרוניות - מכח הדין שהתורה גזרה "אחרי רבים להטות". ומפני האיסור דלא תלך רכיל.

א. בספר אבקת רוכל סי' כא כותב הרדב"ז - "ולענין לכופ את החכם המחייב לחתום, אומר אני שאם מניעת חתימתו גורמת לביטול מעשה חייב לחתום, שהתורה אמרה אחרי רבים להטות. ואם חתימתו אינה מבטלת המעשה, אין כופין אותו לחתום, שאין חתימתו מעלה או מוריד לענין המעשה". ואף שהרדב"ז נטה מעט משיטת הב"י, בכך שלא חייבו לחתום כשמניעת החתימה אינה מבטלת המעשה, מ"מ בעיקר הדין הסכים עמו, וטעמו מבואר שעל פי הוראת הכתוב "אחרי רבים להטות" יש לחייבו.

וכן כתבו כמה אחרונים בטעם דינו של הב"י - הערוך השלחן חו"מ סי' יט, שו"ת דברי מלכיאל חלק ה סי' רל, וכן כתב בספר קובץ הפוסקים על חו"מ ח"ב עמ' נו בשם שו"ת אבני חפץ.

יתרה מזו כתב בשו"ת רבי אליהו מזרחי ח"א סי' נג - "הדיינים שנתוועדו ושמעו דברי הבעלי ריבים, וכשנחלקו בדיעותיהם באותו דין וראו המועטים שרבו דיעות החולקים עליהם קמו והלכו להם ולא רצו לקיים גזרת אחרי רבים להטות, שהם עוברים במצות עשה דאחרי רבים להטות". וכעין זה כתב בשו"ת המהר"ם זכות סי' לא. (דברי הרא"ם ומהר"ם זכות הובאו בשו"ת יביע אומר ח"ב חו"מ סי' ג').

במסגרת עבודת בית הדין עלתה לדיון השאלה הבאה - באותם נושאים שמטיבען אין הכרח שיובאו בפני בית דין של שלשה, והיה ניתן לפסוק בהם גם ביחיד. כגון כשמתעוררת השאלה כיצד לכתוב שמות הבעל או האשה בגט, וכיוצא בזה. האם לאחר שבית הדין בהרכב של שלושה דיינים דן בשאלה כזו והתעוררו חילוקי דעות שהוכרעו ברוב דעות, האם גם בנסיבות אלו היחיד שנשאר בדעת מיעוט מחוייב לבטל דעתו לדעת הרוב ומחוייב להורות כדעת הרוב ולהצטרף בחתימתו על שטר מעשה בי"ד לאחר סידור הגט. או שמא, מאחר שמלכתחילה לא היה נחוץ לכנס בי"ד של שלשה להכרעה בשאלה כזו, היחיד שנשאר בדעת מיעוט רשאי להמנע מלבטל דעתו ולהמנע מלחתום על שטר מעשה בית דין כשלפי דעתו האשה עדיין אינה מותרת לעלמא. ובמקרה כזה שטר "מעשה בית דין" הניתן לזוג לאישור הגירושין, יחתם על ידי שני הדיינים בצירוף אדם אחר שנכח באותו מעמד.

כמו כן שאלה כזו יכולה להתעורר בכל שאלה בהלכה שהיא בדיני איסור והיתר שהתעוררו בה חילוקי דעות בבית הדין, האם היחיד שנשאר בדעת מיעוט מחוייב לבטל דעתו. שהרי לכאורה לאחר שראה שדעתו לא התקבלה היה רשאי להסתלק ולומר שבנושא כזה ניתן לפסוק את ההלכה בלעדיו, ושמלכתחילה לא היה הכרח בהתכנסות בית דין של שלשה להכריע בשאלה זו.

לכאורה היה נראה לתלות שאלה זו במחלוקת קצות החושן והמנחת חינוך, שנחלקו האם שלושה שדנו באיסור והיתר ופסקו, יחשבו כבי"ד שנגמר הדין על פיהם.

קצות החשן בסי' לח סובר שיש הלכות עדים וזממין על עדים שהעידו על יין שהוא יין נסך והזומו. אבל המנחת חינוך, מצוה לו סק"ד כתב דכיון שיש תנאי שיהא גמר דין עפ"י עדותם, "לא שייך נגמר הדין אלא במקום שצריכים בי"ד כגון דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות. אבל באיסור והיתר דחכם אחד מורה הדין ואין לו דין בי"ד כלל, וקרובים או פסולין לדיינים כשרים להוראה, ל"ש כלל גמר דין כידוע, א"כ נ"ל ברור דבאו"ה במקום דא"צ בי"ד לא שייך דין הזמה כלל".

לכאורה, לשיטת המנחת חינוך אף כששלשה דיינים יושבים ופוסקים באו"ה אין עליהם גדר בי"ד, וממילא אין השלישי מחוייב לחתום על פסק הדין מאחר שאין צורך בפסק דין של שלשה ואין כאן גמר דין. משא"כ לשיטת קצות

קרובים, כמו שקרובים כשרים תמיד להוראות של איסור והיתר, עכ"ל.

וע"ע במאמר שם באור המזרח שהביא מדברי הגמ' בסנהדרין דף ה': שהקשו לשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין, מההלכה שאם אחד מהשלשה אומר איני יודע יוסיפו, ולכאורה אותו שלישי יכול לפרוש ויפסקו הדין בשנים. ומתוצאת הגמ' - "שאני התם דמעיקרא אדעתא דתלתא יתיבי", וכתב שם לבאר - "עפ"י דברי הרמב"ם הנ"ל יש להבין תירוץ הגמ' בטוט"ד, דאף דבהודאות והלואות לא הצריכה בהם התורה פסק בית דין, וסגי בהוראת חכם, מכל מקום נתפס הוא בפסק בית דין, וכל שמעיקרא אדעתא דתלתא יתיבי, כלומר, והיתה כאן ישיבת בית דין על דין תורה זה, תו לא סגי הכא בהוראת חכם, ולהכי בעינן יוסיפו הדיינים, כדי שיצא פסק בית דין בחלות שם משפט".

עפ"י האמור י"ל שהמנחת חינוך סובר שאין דיני הזמה בענייני איסור והיתר מכיון שחסר השלב הסופי של גמר דין ייחודי לנידון זה, ודלא כדעת קצות החושן הסובר שפסק דין באיסור והיתר דינו כגמר דין לענין הזמה. אך עכ"פ הקצות החשן והמנחת חינוך יסכימו שאם בית דין של שלשה התכנסו לדון בשאלת איסור והיתר מעשית ומסויימת, יש עליהם שם בית דין לרבות דיני עמידה למנין בהכרעה העקרונית שעליה דנים, והדיין שבדעת מיעוט מחוייב לחתום על פסק הדין.

ב. לענין איסור "לא תלך רכיל". בתומים סי' יט נראה שהכריע כב"י מטעם דבמניעתו לחתום עובר על לא תלך רכיל, וכן נראה בחות יאיר סי' קמו (שפסק כב"י בלא שהזכירו), וכן משמע בירושלמי במסכת סנהדרין פ"ג ה"י שהוא מקור הדין, שעל המשנה של האיסור לומר מי זיכה ומי חייב מטעם לא תלך רכיל הובאה מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש ונאמר בירושלמי דמתניתא פליגא על ריש לקיש, הרי כסברת התומים והחות יאיר.

וברור שהלאו דלא תלך רכיל נאמר בכל גווני, ואף בדיון בענין איסור והיתר, דמה לי אם אומר שזיכה את מי שיצא חייב עפ"י דעת הרוב, או שאומר שהתיר באכילה את הבשר של חבירו בניגוד לדעת הרוב שאסרוהו באכילה. וכן כתב המאירי במסכת ב"ק דף צט: מתוך הסוגיא שם שאף באו"ה נאמר האיסור דלא תלך רכיל. ולכן י"ל שהשלישי מחוייב לחתום מפני שבהמנעותו לחתום הוא מגלה שהוא אינו מסכים לדעת הרוב.

בסיום יש מקום להעיר, בבתי הדין הרבנים המחוייבים ל"תקנות הדין", קיימת תקנה המחייבת את כל שלושת הדיינים לחתום. בתקנה קיא נאמר - "כל החלטה וכל פסק דין יחתמו על ידי כל הדיינים שישבו בדין. ניתנו ההחלטות או פסק הדין ברוב דעות, יצויין הדבר בהחלטה או בפסק", כמובן שתקנה זו מתייחסת גם להחלטות המתקבלות בנושאים שאין בהם צורך בבית דין של שלשה, כגון היתר נישואין וכדומה.

ומכיון ש"אחרי רבים להטות" נאמר גם בדיני איסור והיתר, עיין במסכת סנהדרין דף לו. השלישי מחוייב לחתום, ולדעת הרא"ם ומהר"ם זכות, בהמנעותו מלחתום עובר על עשה.

אלא שאין דין של "אחרי רבים להטות" אלא במושב בי"ד ולא בחילוקי דעות בין חכמים כמבואר בספר גט פשוט בכללים שבסופו, וכן כתב החזו"א חיו"ד סי' קנ סק"ח, ו"ל - "ידוע כי אין כח רוב אלא במושב בי"ד". (בניגוד לשיטת הרדב"ז שהביא הג"פ, שגם במחלוקת בין פוסקים נאמר ללכת אחר הרוב).

ולכן מכיון שבאו"ה נאמר דין אחרי רבים להטות, על כרחך דהיינו כשבי"ד דן בדיני או"ה למרות שלא היה צורך במושב בי"ד, ומכיון שנקטינן כשיטת הבי"ד ממילא השלישי מחוייב לחתום.

ונראה שמחלוקת קצות החושן והמנחת חינוך אינה נוגעת לנידון דנן.

בגמ' במסכת סנהדרין דף לו. מבואר שיש חילוק בין דיני ממונות מכות ונפשות לדיני או"ה, דבאו"ה שאין צורך בבי"ד, האב ובנו הרב ותלמידו נמנים כשנים משא"כ במה שצריך בי"ד הם נמנים כאחד. וע"ע ברמב"ם הלכות סנהדרין פי"א ה"ז - ה"ט ובהשגת הראב"ד. וראיתי שכתבו בשם הגרי"ד סולוביצ'יק ז"ל מבוסטון (מובא בחוברת אור המזרח ניסן תמוז תשמ"ח במאמרו של הרב הרשל שכטר שליט"א על סמיכת חכמים) שההבדל בין או"ה לדיני ממונות, שבאו"ה הדיון ופסק הדין הוא מופשט, דהיינו פסק דין עקרוני על עובדה כללית, ומתוך כך מחוייב הבעל דין לנהוג בהתאם לפסק דין שהרי הפסק דין נסוב על מקרה התואם את המקרה של הבעל דין, לעומת זאת בדיני ממונות קיים שלב נוסף של הוראה אישית ישירה לבעלי הדין, - "פלוגי אתה זכאי, פלוגי אתה חייב, צא תן לו".

ולהלן מדבריו שם בעמ' 203 - "הבדל יסודי יש בין פסק בית דין לבין הוראת חכם באיסור והיתר. דפסק בית דין חל העובדא הנוכחית, משא"כ הוראת חכם שהוא פסק מופשט, שאם יארע כך וכך שיהיה הדין כך וכך, אך אין הפסק חל על עובדא זו שלפנינו בפרטות. ועיין רמב"ם פי"א מסנהדרין ה"ז - ה"ט דיני ממונות וכן הטומאות וכן הטהרות האב ובנו הרב ותלמידו מונין אותם בשנים ... ונושאים ונותנים עמו ונמנין עמו, ובשעת גמר דין אין גומרים את הדין בקרובים ... ועיי"ש בהשגות הראב"ד ... והנראה לומר בדעת הרמב"ם דבכל פסק בית דין בעינן שני מניינים. האחד לפסוק ההלכה באופן מופשט כמו בכל הוראות דאיסור והיתר, מה יהיה הדין אילו היה ואירע כך וכך ואח"כ יש מנין שני שפוסקים בתורת בית דין ביחס לעובדא הפרטית הנוכחית, וזהו דמחלק הרמב"ם בין המנין הראשון לבין המנין השני, דדיינים הקרובים פסולים לדין שייך דוקא למנין השני, שפוסקים אז בתורת בית דין, אך למנין הראשון שפוסקים אז בתורת מורי הוראה על הלכה מופשטת לא נאמר דין פסול

מסכימים, וא"כ איך יעלה על הדעת שתהיה שערוריה זו תמיד שיחתמו רק שנים" ועי"ש שהאריך בזה. לפי האמור תקנה זו מיוסדת על שני יסודות מוצקים - על ההוראה "אחרי רבים להטות", ועל האיסור "לא תלך רכיל".

אמנם היה מקום גדול לתקן תקנה זו, עיין בשו"ת חות יאיר סי' קמו שכתב - "ואם מצי דיין לעשות זה (שלא לחתום על פסק הדין) יהיה דבר הרגיל ומעשה בכל יום וירבו מחלוקות בישראל, והלא על הרוב אין השלשה

סימן יב

נתבע שסרב לדין תורה ולאחר שנתבע בערכאות מבקש דיון בדין תורה

ה' מרחשון תשס"ד

והוכרח חבירו להזיקו בפני דייני העכו"ם, ג"כ אין נזקקין למסרב כשנתחייב בדיניהם, והפסיד דינו". יתכן להוסיף ביאור בהלכה זו על פי מש"כ מהרש"ל ביש"ש עמ"ס ב"ק פרק החובל סי' סה - "אי איניש אלם הוא ואינו יכול לכופו בדיני ישראל, מותר לכופו בדיני אומות העולם. והא דאמר בפרק המגרש לפנייהם ולא לפני גוים, היינו היכא שיכול להכריחו בדין ישראל. אמנם מצאתי בשם רבינו מאיר דאין מותר להכריח בידי גוים, אלא אם כן יתירו בית דין או ראשי הקהל. וכן כתב המיימוני בסנהדרין שאם לא רוצה לבא לבית דין, נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני גוים מבעל דינו", עכ"ל.

בהמשך הדברים, באר מהרש"ל, שגם אם כתבו בשטר שיכול לתבעו בדיני עכו"ם, צריך לתבעו בדיני ישראל. אך אם הנתבע מסרב, יכול לתבעו בערכאות של עכו"ם גם בלא רשות מבית דין. ובאר מהרש"ל - "מאחר והתנה כך בשטר ונתן לו רשות לדון בערכאות של גוים, פשיטא שלעניין זה מועיל שאין צריך ליטול רשות. ולא הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה, אלא שעוקר קצת התקנה שנהגו בבתי דינים של ישראל שלא לדון בפניהם אלא על ידי רשות. אם כן היכא שמתנה בשטר, פשיטא דמהני. ומה שכתב המיימוני שצריך רשות בית דין, לא איירי אלא כשלא כתוב בשטר".

העולה מדברי מהרש"ל, שמעיקר הדין כשהנתבע מסרב לדון בדיני ישראל, מותר לתבעו בערכאות. ובכה"ג ליכא לאיסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם. אלא שקיימת תקנה וכן נהגו שלא לדון בפני ערכאות גם אם הנתבע מסרב, אלא לאחר שהתובע קבל רשות מבית הדין. על כן לאחר שהתובע תבע בבית דין והנתבע סרב לדון בדין תורה והתובע קבל רשות לתבעו בערכאות, אין יותר איסור "לפניהם ולא לפני ערכאות", ויכול לקיים את הדין בפני הערכאות. ואין נזקקין לנתבע המבקש לחזור ולדון בבית דין, אלא הנתבע הפסיד זכותו לדון בדין תורה.

ויש להוסיף בזה מש"כ בספר ערך שי (שם) בטעם דינו של הרמ"א שאין נזקקין לו. וז"ל - "לענין דיל טעם לדין זה, דמסקינן ריש פ"ק דסנהדרין דמן התורה צריך סמוכין ומשום נעילת דלת התקינה לדון בזמן הזה דליכא סמוכין. וא"כ כל זה בסומך על דייני ישראל, אבל זה שלא רצה בתקנת חכמים והלך בערכאות ועליהם סמך, לא שייך לתקן לו.

במקרה שבפנינו התובע קבל רשות מבית הדין לתבוע תביעתו בערכאות. רשות זו ניתנה בהתאם להלכה הפסוקה בחו"מ סי' כו סעיף ב', לאחר שהנתבע סרב להתייחס לתביעה שהוגשה בבית הדין ולהזמנות שנשלחו אליו. בעקבות רשות זו שניתנה לתובע, הוגשה תביעה לבית המשפט והתקיים דיון ראשון שבו נדחתה טענה מקדמית של הנתבע, ונקבע דיון נוסף בתביעה לגופה. כעת התברר שהנתבע חזר בו מסרבנותו לדון בבית הדין דין תורה, ואף הגיש בקשה לבית הדין להורות לתובע להסיר את תביעתו מערכאות ולקיים את הדיון בבית הדין בדין תורה.

הרמ"א בחו"מ סי' כו סעיף א' כתב - "מי שהלך בערכאות של עובדי כוכבים ונתחייב בדיניהם, ואחר כך חזר ותבע לפני דייני ישראל, יש אומרים שאין נזקקין לו, ויש אומרים דנזקקין לו אם לא שגרם הפסד לבעל דינו לפני עובדי כוכבים, והסברא ראשונה נראה לי עיקר". יש לדון האם הלכה זו שאין נזקקין לו, נאמרה גם בנידון דנן, דהיינו במקרה שהנתבע סרב לדין תורה והתובע קבל רשות לתבעו בערכאות, ולאחר מכן הנתבע חזר ומבקש לדון בבית הדין.

הלכה זו למדנו מתורתו של מהרש"ל בספר ים של שלמה. במסכת גיטין דף י', על המשנה המכשירה שטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אמר שמואל הטעם משום דדינא דמלכותא דינא. וכתב מהרש"ל בספר יש"ש עמ"ס גיטין פ"א סי' כב לברר באילו נסיבות נאמרה הלכה זו שהלוח והמלוה הלכו לעשות שטר בערכאות ולא הלכו לדיני ישראל. וכתב מהרש"ל - "שמואל איירי בכה"ג שבא לדון בערכאות שלהם. ואף זו דוחק בעיני דאיירי שמואל שבא לדון בפני ערכאות. ואי איירי שלא היה מרוצה לדון עד שהוכרח להזיקו בפני דייני העכו"ם, פשיטא שהפסיד דינו ולא נזקקין לו, וכן פסק מהר"י מולין בתשובה".

משמע דפשיטא ליה למהרש"ל, שהלכה זו שאין נזקקין למי שהלך לערכאות, נאמרה גם ביחס לנתבע שסרב לדין והזקק להביאו לדון בערכאות, ובהוה כתב מהרש"ל "פשיטא שהפסיד דינו ולא נזקקין לו". וכן כתב בספר ערך שי חו"מ סי' כו ס"א - "אגב אורחא למדנו מן היש"ש אף במי שלא הלך מעצמו בערכאות, רק לא רצה לידון בדיני ישראל

יש להוסיף טעם בהלכה זו - בדינו של הרמ"א שאין נזקקין לו, מצינו שלשה טעמים בפוסקים, (מלבד הטעם הנזכר שהבאנו לעיל מספר ערך שי). טעם אחד משום "דינא דמלכותא דינא", טעם שני משום "מיגדר מילתא", וטעם שלישי משום קנס. ויש לדון אם טעמים אלו יאמרו גם ביחס לנתבע שחזר מסרבנותו, ומבקש לחזור ולדון בדין תורה.

בשו"ת אבן השהם מצינו שתי דעות בביאור דינו של הרמ"א. מחבר ספר אבן השהם, הג"ר אליקים געץ ז"ל, נקט שהטעם משום דינא דמלכותא דינא, והג"ר ישעיה סג"ל ז"ל השליה הקדוש, טען כנגדו שמהרי"ק אינו מסכים עם סברא זו. (הגרע"א ז"ל בגליון שו"ע סי' כו ציין לתשובה זו).

בסי' נט כתב הג"ר אליקים געץ ז"ל - "המעין במהרי"ק שרש קפו יראה דלאו משום קנס אין נזקקין, אלא מכח דינא דמלכותא דינא. ומקור הדין מדברי ר"י ב"פ בעל התוספות ... ושם מבואר דהעמיד חיל וחומה על דבריו, דאפילו להיש אומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא אם לא בדבר שיש תועלת למלכות, כמבואר בסי' שפ"ט, לא קשיא דבאמת מוכח מדברי שמואל בגמרא דדינא דמלכותא דינא כמבואר באריכות. ומה שכתבו הפוסקים והרא"ש דאל"כ ביטלת כל דיני ישראל ... מאחר שקיבל והלך לדיני נכרים א"כ קיבל עליו דינא דמלכותא, ליכא מאן דפליג. וכן מוכח מדברי מהרי"ק, דאל"כ סתרי דבריו אהדדי ממה שפסק בדינא דמלכותא. וכסברא זו מצינו בש"ך סי' עג ס"ק ל"ט, מאחר שסמך אדין, דאמרינן דינא דמלכותא דינא."

ואילו הש"ה כתב שם בסי' סב - "כתב השואל בלשונו, המעיין בדברי מהרי"ק יראה דלאו משום קנס אלא משום דינא דמלכותא דינא. אבל באמת כד מעיינת שפיר במהרי"ק נראה בפירוש דמהרי"ק לא סובר כך, כאשר פירש הסמ"ע סי' שמ"ט שהרשב"א ומהרי"ק דעת אחת להם דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדברים מה שעשה מחוקי המלך וכן מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי המלך ... הא דכתב מהרי"ק דאפילו לאותו דעות היינו דווקא לענין הנהגות של משפטי המלכים ובחר בדיני כותים גלוי אדעתיה שקיבל עליו דין כותים, זה מפלפל שמה אליבא דר"י בר פרץ, אבל מהרי"ק גופיה פירש דבריו באותו סי' יע"ש ... מהרי"ק כתב אח"כ שהוא ק"ו בן ק"ו אפילו היכא דפירש דבריו אומר בפירוש שרוצה לקבל דין נכרי דלאו כלום הוא, מכ"ש דלא אמרינן דמדנהיח דין ישראל גלוי דעתיה שרוצה לדון לפנייהם. אלא ע"כ אי אפשר לומר בזה דינא דמלכותא דינא, רק מה שכתב מהרמ"א סי' כ"ו דאין בית דין נזקקין בודאי לאו משום דינא דמלכותא דינא ולא משום קנס, אלא משום מיגדר מילתא."

ועיין בתומים סי' כו סק"ב שבאר דעת ר"י ב"פ שבמהרי"ק מטעם דינא דמלכותא דינא, מאחר שהלך לדון בפניהם קבל על עצמו דין הערכאות. אך התומים פקפק אם נקטינן כן להלכה, עיי"ש. ועל כן העלה לדון שהביאור

דמשום זה לא ינעול דלת בפני לוי, דלעצמו הפסיד דלא הלך בדיני ישראל, דמ"מ ילוח בפעם אחרת ויסמוך על דיני ישראל, ובעסק זה דלא סמך על דיני ישראל אוקמוה אדין תורה, דהוה כאומר אי אפשי בתקנת חכמים, דשומעין לו לחובתו. דה"נ כיון שלא רצה לילך בדיני ישראל כאמר אי אפשי בתקנת חכמים שהתקינו לדון לפני הדיוטות ... כיון שנתחייב בדיני אומות העולם, דנמצא דיני ישראל טובתו ותקנתו היו ולא רצה {אין} שומעין לו, כיון דאיסורא כבר עבר, וכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים ליתא בחזרה, כדאיתא באה"ע סי' סט ס"ד בהג"ה עיי"ש. ה"נ בממון זה כבר אמר אי אפשי בתקנת חכמים, ונתבטלה התקנה לדון דיני ממונות בהדיוטות אצל איש זה בממון זה."

גם לפי דרך זו, נראה שלאחר שהנתבע הוכרז על ידי בית הדין כמסרב לדין תורה וניתנה הרשות לתובע לתבעו בערכאות, שוב אין נזקקין לו. בסרבנותו הוא כאומר - אי אפשי בתקנת חכמים, וביחס אליו לא נאמר האיסור "לפניהם ולא לפני עכו"ם."

לפי האמור, שיטת מהרש"ל והערך שי היא שאם בעל דינו אלם ומסרב לדון בפני דיני ישראל, מותר על פי הדין לקיים את הדין בערכאות, ובכה"ג ליכא לאיסור "לפניהם ולא לפני ערכאות."

אך נראה שדרכם בביאור הלכה זו אינה מוסכמת. החתם סופר חלק חו"מ סי' ג' כתב בלשון זו - "ברשות ב"ד, אפילו לשפוט בפניהם, משום דאז לא מיקרי הפלילים על שמם, אלא על שם בית הדין שנתנו לו רשות. אלא ב"ד לא יתנו רשות אלא על אלם שאין ב"ד ישראל יכולים לכופו, כמבואר כל זה סי' כ"ו."

מבואר בחתם סופר שהערכאות שידונו לאחר שהתובע קבל רשות, נחשבים כידא אריכתא של בית הדין. על פי דרך זו יתבארו דברי הנתיבות סי' כו סק"ג שאין נותנים רשות לדון בערכאות אלא לאחר שהחוב ידוע לבית הדין.

אמנם רבו החולקים על שיטת הנתיבות והובאו דבריהם לעיל סי' ג' וסי' ז', אך לא נחלקו על היסוד האמור העולה מדברי הנתיבות.

אמנם הערך שי לשיטתו, חלק על דינו של הנתיבות מכח שיטת מהרש"ל. ח"ל הערך שי (סי' כו) - "ביש"ש בסוף פרק החובל סי' סה כתב דלפניהם ולא לפני נכרים, היינו כשציית דינא, אבל באלם מותר מהתורה לילך בדיני אומות העולם בלא נטילת רשות מבית דין, רק תקנה הוא שנהגו בבתי דינים שבישראל שלא לדון בדא"ה בלא נטילת רשות עיי"ש. וא"כ כשאין ידוע לבית דין וידוע בעצמו, מה"ת יתקנו בזה לרשיעי דלא ציית דינא לילך לדיני ישראל, וכעין שכתב בשו"ת רש"ל ס"ס דתקנתא לרשיעי ניקו ונעביד, ולמה נזדקק לו לאסור על בעל דינו מלילך לערכאות ... בעל דין עצמו דידוע דמגיע לו, אין לנו לאסור לו מלילך בערכאות ולתפוס על ידם להציל את שלו, כיון שאי אפשר להציל בדיני ישראל."

על הערך שי, הכי נקטינן. ק"ו בנידון דידן שכבר החל המשפט בבית המשפט, ורק לאחר שהנתבע נוכח לדעת שמצבו שם אינו שפיר, בקש לחזור ולהישפט בבית הדין, אין נזקקין לו, ואין מקום להטריח את התובע בהליך מחודש בבית הדין. אך זאת עלינו להודיע לתובע, שלא יוכל לגבות סכומי כסף שאינם ראויים להיות משולמים על פי דין תורה, כריבית וכיוצא ב.

במקרה הנוכחי לאחר קבלת תגובת התובע שהסכים להעברת הדין לבית הדין בתנאי שתופקד ערבות מתאימה להבטחת פסק הדין, בית הדין הודיע לצדדים שבמידה שיחתם שטר בוררות ויושלש כתב ערבות בנקאית להבטחת התשלום, בית הדין יורה על העברת הדין לבית הדין. אמנם בשאר דיני תורה די בחתימה על שטר בוררות ואין לחייב השלשת המעות בטרם הדין, אך בנסיבות המתוארות המצב שונה, כפי שיבואר.

הש"ך סי' עה ס"ק ב כתב - "כתב מהר"ד כהן בתשובותיו בית ב' חדר א', מי שיש לו דין על חבירו והנתבע מוחזק, אין אומרים להוציאו ולהניחו ביד שלישי ואחר כך ידונו, דכל מילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינן ב"ד, דילמא יזכה הנתבע ונמצא מחזיק כדין כו', ... ונראה עיקר כמהר"ך, וכן המנהג" אך נציין למש"כ הגאון רבי שלמה קלוגר ז"ל בתשובה שבשו"ת האלף לך שלמה חלק ח"מ סי' א, (וחזרה ונשנתה בספרו טוב טעם ודעת מהדורה ב' קו"א סי' לח) ח"ל - "הנה מי שאינו רוצה לחתום בקאמפרמיס הוא כלא ציית דינא, דבשלמא להשליש מעות בזה יש לו קפידא דאולי אין לו מעות, ואף אם יש לו אולי צריך להם לישא וליתן. אבל במניעת החתימה על הקאמפרמיס מה איכפת ליה, והוא מחשבתו ניכרת שאם יתחייב בדין לא יקיים, ולכך הוא עתה כלא ציית דינא. גם בתשובה אחת כתבתי, דזה תלוי בעיני הדיין לענין להשליש המעות. דבשלמא הש"ך מיירי בזמנם שהיה ביד ב"ד להחרים ולנדות למי שמסרב, ולכתוב אדרכתא, או לא הוא צריך עתה להשליש. אבל בזה"ז דאין בידינו שום כח לכוף על הדין, אם קרוב הדבר שלא יציית, יכול הב"ד לומר שישליש המעות, ולא גרע ממ"ש בסי' ב' דב"ד מכין ועונשין לצורך שעה, ומכ"ש בזה".

על כן ביחס לנתבע שכבר סרב להזמנות בית הדין לדון בבית הדין, וקיים חשש שגם בעתיד לא יציית, יש להורות על השלשת ערבות מתאימה.

ועוד, מאחר שמעיקר הדין נקטינן שאין נזקקין לו, לרבות לנתבע, אם בית הדין מצא מקום לחרוג משורת הדין אלא להזקק לו, אין מניעה להציב תנאי זה בטרם יחל הדין.

ברמ"א מטעם קנס. והנתיבות סק"ב כתב שמסתימת הפוסקים נראה כטעם זה.

מסתימת דברי הרמ"א שהביא הלכה זו שאין נזקקין לתובע בערכאות, וסתם ולא פירש שדינו של נתבע אינו כן, נראה שסבר בפשיטות שאין לחלק. ונראה שלפי סברת התומים והנתיבות דמשום קנס אתינן, אין חילוק בין תובע לנתבע. וגם את הנתבע המסרב לדין תורה קנסינן. ואדרבה יש יותר לקונסו מפני שקיבל הזמנה מבית הדין וסרב לבוא. וכן לפי טעמו של השל"ה שהדין שאין נזקקין לו יסודו בתקנה שעניינה מיגדר מילתא, נראה שתקנה זו נאמרה גם ביחס לנתבע המסרב, ומשום תקנה ומיגדר מילתא אין נזקקין לו.

רק הסברא הראשונה שהובאה בנתיבות שדין התובע בערכאות כדין קבל עליו קרוב או פסול דהיינו שקבל את דינם של הערכאות, סברא זו אינה אלא בתובע ולא בנתבע שנאלץ בעל כרחו להופיע לדין בערכאות. אך כבר כתב הנתיבות שלהלכה נקטינן דלא כסברא זו אלא כטעם של קנס. ויתכן לומר, שבנתבע הקנס הוא על עצם סירובו, ומעת שסרב אין נזקקין לו, למרות שעדיין לא פתחו בדינו בערכאות.

וראיתי בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ה' סי' עד שדן בשאלה זו של נתבע שסרב לד"ת והתובע קבל רשות לתובע בערכאות, ולאחר שנפסק דינו חזר הנתבע ותבעו בבית דין שהערכאות פסקו לחייבו יותר מהראוי. ובמסקנת דבריו כתב שם - "כיון דאף שהנתבע הסכים לדון בדא"ה וחשיב כקיבל עליו קרוב או פסול, מ"מ כיון דליכא רק שופט אחד א"כ חשיב תרתי לריעותא ובעי קנין אף לאחר גמר דין לשיטת רוב הפוסקים, ושוב לטעם זה יוכל לחזור לתובע את התובע לד"ת. אך באמת עכ"פ שייך טעם השני משום קנס, וא"כ י"ל לכאורה דאף אם זכה בדא"ה יותר מכפי שהיה זוכה עפ"י תורה ג"כ י"ל דאין נזקקין לו. אך באמת לפמ"ש הנה"מ שם דאם הנתבע יודע שחייב, אף שזכה בדא"ה נגד התובע אסור לגזלו, ואף במסופק עכ"פ גם ספק גזל אסור להחזיק תחת ידו עיי"ש, א"כ הרי מפורש בחו"מ סי' י"ד דצריך לברר כמה הוציא או ישומו לו הבית דין".

מסקנת הדברים - נתבע שהוכרז בבית הדין כסרבן, והתובע קבל היתר מבית הדין לתובעו בערכאות, והגיש תביעה כזו, ולאחר מכן הנתבע חזר בו ומבקש שהדין בתביעה יתקיים בבית הדין, אין נזקקין לו.

לדעת הערך שי, ממועד סירובו אין נזקקין לו, גם בטרם החל הדין בבית המשפט. ויתכן שגם אליבא דשאר הפוסקים הדין כן. עכ"פ מאחר שלא מצינו מי שיחלוק בזה

סימן יג

פסק דין בתביעת ועד אגודה שיתופית כנגד חברים באגודה

טו אדר תשס"ב

הצגת השאלה העומדת לדיון

בבית הדין התקבלה בקשה מטעם "ועד אגודה שיתופית מושב פלוני" להורות לכמה מחברי האגודה להמנע מתביעה נגד ועד האגודה שהוגשה לבוררות, ולחייבם להעביר את התביעה לדיון במסגרת בית הדין. התקיים דיון בבית הדין בו נכח נציג מטעם ועד האגודה ונציגים מטעם החברים שהגישו את תביעתם לבוררות.

יצויין שבמסגרת הנוכחית, בית הדין לא נכנס לבירור תביעת החברים לגופה, תביעה שלא הוצגה לבית הדין, ופרטיה אינם ידועים לבית הדין. הדיון הנוכחי מתמקד בבירור השאלה העקרונית האם יש מקום להורות לחברים להמנע מהגשת התביעה הנ"ל.

נקדים ונקבע כי בית הדין לא יוכל לקבל את בקשת ועד האגודה השיתופית, אלא אם כן יתברר שקיים איסור הלכתי בניהול התביעה הנ"ל במסגרת הבוררות. על כן הדיון שבפנינו נסוב על שאלה עקרונית אחת בלבד, שאלה שאינה נוגעת רק לחברים שהופיעו בפנינו, אלא לכלל החברים, והיא האם על פי דין תורה, חבר במושב זה רשאי לתבוע לדיון את האגודה במסגרת של בוררות, במתכונת הקבועה בתקנון המושב.

בפני בית הדין הוצג עותק מתקנון המושב. בפרק העוסק בקביעת הדרך לשוב סכסוכים נכתב כדלהלן - "כל סכסוך בגלל עסקי האגודה אשר יתגלעו בין חברים ... ובין האגודה או ועד ההנהלה או הפקידים של האגודה מצד שני ימסרו למשפט בוררים שכל צד בורר לו אחד ושניהם בוררים להם שלישי מכריע. באם לא יבואו לכלל דעה בנוגע לשלישי המכריע ימונה על ידי הועד הפועל של הפועל המזרחי בא"י, בתנאי שועד ההנהלה רשאי לפי שיקול דעתו לפנות לבתי המשפט ולתבוע כספים המגיעים לאגודה מחברים או מחברים לשעבר. סכסוכים הנוגעים לפירוש התקנות הללו ימסרו להכרעת משפט בוררים כנזכר לעיל בסעיף זה".

יש לקבוע כהנחה מוקדמת ומוסכמת שהתקנון ביסודו מחייב את כלל חברי האגודה. חברי האגודה התאגדו כשותפים באגודה זו, והתקנון הינו מסמך המפרט את תנאי השותפות. כל חבר המצטרף לאגודה מקבל על עצמו את התקנון, והוראותיו מחייבות את כלל חברי האגודה ואת ועד האגודה. למעט הוראה הכרוכה באיסור תורה שאינה מחייבת, וכפי שיובהר להלן.

מעמד הוראת התקנון להעברת סכסוך למשפט בוררים או לבית המשפט

התקנון קבע כי סכסוך הקשור בין חברי האגודה לוועד האגודה יועבר "למשפט בוררים", וכן ניתנה לוועד האפשרות לתבוע חבר בבית המשפט.

יש לקבוע בבירור כי ההוראה להעביר סכסוך למשפט בוררים היא הוראה שאינה כרוכה באיסור (וכפי שיבואר להלן בהרחבה), ועל כן היא מחייבת את הצדדים, ואין מקום להיענות לבקשה להורות להמנע מנקיטת הליך זה. אך האפשרות הניתנת לתבוע בבית המשפט אינה מותרת על פי ההלכה, אלא אם הוגשה תביעה לבית הדין והנתבע סרב להופיע לדיון והתובע קבל רשות מבית הדין להגיש תביעתו בבית המשפט, ובהתאם להלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' כו.

לענין זה הסכמת השותפים והתחייבותם לנהוג כהוראות התקנון, אינה מועילה להתיר תביעה בערכאות, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף א', שאיסור ערכאות בעינו עומד אף לאחר ששני הצדדים הסכימו להדיין בערכאות. ויעויין בחזו"א סנהדרין סי' טו סק"ד שכתב בזה - "אם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש, ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה".

יש להניח שלא עלה על דעת מחברי התקנון להורות על הסכמה הכרוכה באיסור תורה, וכפי העולה מרוח הדברים בפתיחת התקנון, יעויין בדף הראשון לתקנון בחלק א' 2. ד. בו נכתב כי מטרת האגודה "להשליט את תורת ישראל בכל ענפי החיים הצבוריים והפרטיים בארגון או במושב". על כן יש לפרש את התקנון כמתן אישור לפנות לבית המשפט בלא הצורך להזקק לכינוס גוף של בוררים כנדרש ביחס לחבר התובע את הועד, ובלבד שאין איסור בתביעה כזו, דהיינו לאחר שהוגשה תביעה בבית הדין, והתקבל היתר מבית הדין לתבוע בבית משפט.

או שמא, כוונת הסעיף הנ"ל באזכור "בתי המשפט" היתה רק לשלול את הצורך להזקק למשפט בוררים, המתקיים על ידי הקמת גוף שיפוטי, המוקם במיוחד לתכלית זו, של בירור הסכסוך הספציפי שהתעורר, ולעניין זה "בית משפט" המוזכר בתקנון, פירושו - גוף שיפוטי קבוע, אך אין הכוונה לגוף שיפוטי שההדיינות בו כרוכה באיסור תורה, ולעניין סעיף זה, בית דין של תורה יקרא בית משפט.

ביחס לשאלה העקרונית, האם על פי דין תורה מותר לקבוע סעיף בתקנון המורה לברר סכסוכים במסגרת של

הדבר ידוע דבענייני הקניות והסחורות וכל ענייני משא ומתן שנהגו הסוחרים בעסקיהם יש לנו ללכת אחרי מנהגייהם, ואפילו בסתם מנהג. ועיקר דין זה נלמד מהא דאמר רב פפא פרק איזהו נשך האי סיטומתא באתרא דרגילי למקני קני. והדבר ידוע מה שפי' רש"י ומה שפי' ר"ח כמו שכתב הטור ח"מ סימן ר"א ומה שהעלה הרא"ש להלכה מהמימרא הנזכרת, גם הרב המגיד כתב פ"ז מהלכות מכירה בשם הרשב"א ש"מ כי המנהג מבטל הלכה בכל כיוצא בזה וכו' עד הילכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין. אם כן מאחר שראובן נשא ונתן עם שמעון במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם לדון בדין תורה שהיה מן הנמנעות לישא וליתן ויבטל העסק והמשא ומתן, היתכן שנאמר שישא ויתן על סמך אותו המנהג, והדבר היה ידוע שאם אותו העסק והמאורעות שאפשר שיארעו באותו העסק היו נידונים בדין תורה הניח מעותיו על קרן הצבי ויאכל הלה וחדי ובלוי ספק לא היה ראובן עושה עסק עמהם, ואם כן היעלה על הדעת שהיה עושה עסק עמו על סמך אותו המנהג שבאותו מקום ואחר כך יצא למקום אחר ויפשוט לו את הרגל ויאמר אין רצוני לדון ע"פ המנהג מקום המשא ומתן, אלא כפי מקום התביעה, אם כן איפה לא שבקת חיי לכל בריה".

לכאורה יש מקום לדון בתשובה זו של מהרש"ך. שהרי השו"ע חו"מ סי' כו ס"א פסק שאסור לדון בדיני ערכאות גם אם שני הצדדים מסכימים. ומדוע תועיל הסכמתם לדון בדיני הסוחרים, ויעויין מש"כ בזה בשו"ת בעי חיי ח"א סי' קנח ובספר ערך שי על חו"מ סוף סי' ג'.

ונראה שהדברים מתבארים על פי דברי הרמב"ן עה"ת, הובא בתשובת הר"ן סי' עג, וז"ל - "מפשט הסוגיא שבסוף המגשר יראה ... שאם קבלו עליהן בעלי הדין לדון לפני גויים שרי, שהרי השוו ההדיוטות לגויים שאמרו לפנייהם ולא לגויים לפנייהם ולא לפני הדיוטות, ולכאורה נראה דכי היכי דהתם בשקבלו עליהן שרי, בערכאות נמי נימא הכי דליהוי כנאמן עלי אבא. אבל אין הדבר כן מפני מה שמוזכר במדרשות שהעושה כן מייקר אמונתם, וכלשון הזה כתב הרמב"ן ז"ל בפירוש התורה בסדר ואלה המשפטים - ואע"פ שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא, ובדקבלו עלווייהו דינו דין, אבל לפני הגויים אסורים הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינינו באותו ענין, ע"כ לשונו".

הרי שמצינו חילוק עקרוני בין קבלת ערכאות, לקבלת אדם שאינו יודע דין תורה. והחילוק הוא מאחר ושרש האיסור לדון בערכאות נובע מכך, שעצם ההזקקות לערכאות מביע זלזול חמור בתורה. הפונה לערכאות מכריז כי דין הערכאות עדיף בעיניו מתורת משה. משא"כ באם קבלו עליהם הדיוט הדין לפי שיקול דעתו, אין בכך איסור, ובקבלתו לדון אין הכרזה על עקירת תורה.

משפט בוררים - נקדים, כי בתקנון אין אזכור ביחס לטיבם של בוררים אלו. אין תנאי מפורש הקובע כי עליהם להיות כשרים לדון, כשרים מצד כישוריהם וידיעותיהם התורניות, וכשרים לעדות שאינם קרובים או פסולי עדות אחרים, ואפילו בעל דין הנוגע בדבר רשאי להתמנות כחבר בגוף זה של הבוררים, על כן בהכרח שכוונת התקנון לאפשר בחירת בוררים הפסולים לדון, וכדין המבואר בשו"ע סי' כב שאדם יכול לקבל על עצמו שידון אותו קרוב או פסול, ועיין בשו"ע חו"מ סי' ח' סעיף א' ברמ"א ובחזו"א סנהדרין סי' טו סק"ד (ד"ה יש וד"ה ואע"ג). אמנם אין ראוי לציבור להעמיד לעצמו בית דין קבוע מסוג זה, כל עוד יכולים להעמיד בית דין של תלמידי חכמים, וכפי הנראה מדברי הרמ"א (שם), אך באופן אקראי, אין ריעותא בהקמת גוף כזה, לצורך ישוב סכסוך כזה או אחר.

כפי הנראה הכוונה העומדת מאחרי סעיף זה היתה לאפשר מינוי שלשה הבקיאים בנושא הנידון, ושבוכות כישוריהם המקצועיים יוכלו לפסוק כראוי בסכסוך שיובא בפניהם.

נראה כי גוף זה של הבוררים, במידה מסויימת, דומה לבית דין של סוחרים שהוזכר בפוסקים, ומתוך בירור מעמדו של "בית דין של סוחרים" בהלכה, יתברר היחס ההלכתי לבוררים דנן.

בית דין של סוחרים בהלכה

הגרע"א בגיליון שו"ע חו"מ סי' ג' ס"א כתב בשם שו"ת מגן גבורים שהביא תשובת מהרש"ך - "על מחלוקת בין תובע לנתבע, אחד אומר שרצונו להתדיין בדין תורה ואחד אומר שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק, הדין עמו. כיון דבמקום שנעשה העסק מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי דין תורה, מנהג מבטל הלכה, והביא ההיא דאסיטומתא". וכן הובא בפת"ש שם.

מקור הדין בתשובת מהרש"ך ח"ב סי' רכט שפסק שאם שני סוחרים עשו עסק במקום בו מנהג הסוחרים לדון בדיני הסוחרים, יוכל צד אחד לחייב את הצד השני לדון כמנהגם ושלא בדין תורה, וזאת כל עוד העסק נעשה באותו מקום, אע"פ שאחר כך יצא אחד מהם מאותו מקום. וז"ל מהרש"ך - "אמנם היכא שאין החיוב מבורר כנ"ד, אלא שנפל ההפרש בין יורשי ראובן לשמעון, ורוצים לחייבו לעמוד בדין הסוחרים שידונו ביניהם כמנהג ויניציאה, יען כי העסק שעשה ראובן אביהם נ"ע עם שמעון הנזכר היה שם, מאן לימא לן שיוכלו לחייבו על כך, ושלא יוכל שמעון לטעון כי אם יש להם איזה הפרש ותביעה שידונו על פי התורה כפי מקום התביעה. ואומר, דאף על גב דלכאורה יראה הכי, עם כל זה כד מעיינן שפיר יראה דקושטא דמלתא היא שיכולים יורשי ראובן לכוף לשמעון לדון בדין הסוחרים על פי מנהג ויניציאה, כיון שנעשה שם העסק ...

העולה מדברינו, שגם אם נחלקו בשאלה המעשית כיצד להתייחס לאותו מפקח המוזכר בתשובת ציץ אליעזר, עכ"פ העיקרון היסודי מוסכם. ההוראה ההלכתית אם להתייחס לגוף השיפוטי כערכאות תלויה בשאלה האם הגוף השופט בין הצדדים כפוף למערכת המשפט האזרחית, וכגון המפקח על בתים משותפים ששואב את סמכותו ואת הבסיס לפסקיו ממערכת משפט הסותרת לדין תורה, ועל כן הדיון בפניו אסור כדיון בערכאות. או שגוף שיפוטי זה אינו כפוף למערכת כזו, ושופט על פי שיקול דעתו, ומגמתו להוציא לאור את הצדק בהתאם למיטב שיפוטו. במקרה כזה אין איסור ערכאות, ולכן קבלת הצדדים לקיים דיון בפניו מחייבת, וכגון בית דין של סוחרים. ועל כן מהרש"ך שלל את התביעה של צד אחד מהסוחרים להעביר את הדיון לבית דין של תורה. אבל במקרה שבית הדין של הסוחרים קבל את סמכותו מהערכאות ופסיקותיו ניתנות על יסוד מערכת חוקים חילונית לדין תורה, אין היתר להתדיין בפניהם כמבואר בתשובת דברי מלביאל.

(המחלוקת שנחלקו על הציץ אליעזר היא מחלוקת עובדתית על המציאות בשטח, ואינה מחלוקת הלכתית עקרונית, בעל הציץ אליעזר שהתיר סבר כי אותו מפקח פוסק בהתאם לשיקול דעתו על פי מומחיותו, ואינו כפוף למערכת חוקים החילונית לדין תורה).

נחזור לנידון שלפנינו. במושב דנן קבוע תקנון המחייב את חברי האגודה והקובע כי בשאלות הקשורות לענייני האגודה, יתמנו בוררים שיפסקו בכל סכסוך הקשור לאגודה, כידוע על פי חוק הבוררות, הבוררים אינו כפופים בהחלטותיהם למערכת חוקים כזו או אחרת, ועל כן אין מקום לטענה כי קיים איסור ערכאות בניהול דיון משפטי בפניהם.

נידון זה עדיף מהנידון עליו השיב מהרש"ך. בתשובת מהרש"ך עסקינן בסוחרים שלא התחייבו מראש לנהוג כמנהג הסוחרים, ולמרות זאת, עצם קיומו של המנהג מחייב את הסוחרים, ולזה הזכיר מהרש"ך את דין סיטומתא, כמבואר בדבריו שהובאו לעיל. במקרה שבפנינו, קיימת התחייבות מפורשת של כל חבר באגודה לנהוג כהוראות התקנון, ועל כן גם אם למעשה אין מנהג מעשי להקים גוף של בוררים לשוב סכסוכים, די בהתחייבות השותפים לנהוג כהוראות התקנון, ובכך על פי ההלכה התקנון מחייב את כל החברים, כל עוד התקנון לא שונה והסעיף הנ"ל לא תוקן.

ונציין כי גם אילו הדיון היה מתקיים בבית הדין, והיו עולות לדיון שאלות הקשורות לזכויות הנחלות של חברים או קביעת גבולות חלקות וכדומה, יתכן ובית הדין היה נעזר בהוראות חוק מקרקעין, וזאת מתוך הנחה שבעת חלוקת הנחלות היתה כוונה להיות כפופים להוראות חוק המקרקעין, ועל דעת החוק או המנהג הנובע בעקבות החוק, נעשו פעולות כאלו או אחרות, ובמצבים כאלו לחוק או למנהג משקל הלכתי בעת הכרעה שיפוטית-הלכתית

לפי זה נראה, שבנידון של מהרש"ך, מאחר וקיים מנהג בין הסוחרים כיצד לנהוג בענייני המסחר, ומנהג זה מחייב, על כן בבואם לפני בית הדין של הסוחרים, אין כאן קבלת מערכת חוקים הנוגדת דין תורה. ואינו דומה לאדם הפונה לערכאות.

אדרבה קיימת עדיפות לבית הדין של הסוחרים, מאחר ובסתמא הסוחרים בעסקיהם ידעו שבמקרה של סכסוך, חילוקי הדעות יוכרעו כמקובל בין הסוחרים, ומערכת הזכויות והחובות הנוהגת בין הסוחרים היא הבסיס להכרעה המשפטית בסכסוך שבין הסוחרים. על כן פסק מהרש"ך שאין מקום להביא את הדיון בפני בית דין של תורה, שכפי הנראה אינו מצוי בכללים הנוהגים אצל הסוחרים, ולא יפסוק בהתאם לנהוג בין הסוחרים, (שאל"כ לא היה מהרש"ך שולל את האפשרות להתדיין בבית הדין).

וע"ע בפד"ר כרך ז' עמ' 225 בפסק בית הדין הגדול שהסכים לתת מעמד לבית הדין של התנועה הפוליטית, ולא חש לערכאות.

מצאנו באחד מפוסקי זמננו שמצא ישום מעשי לדינו של מהרש"ך. בשו"ת ציץ אליעזר ח"א סי' צג דן - "אודות החוק בבתי משותפים שהסמיך פקיד מוסמך להכריע בסכסוכי שכנים בבתי אלה, אם מותר ללכת אצלו להתדיין בהיות ואינו פוסק לפי חוקי התורה א"כ דינו כמו ערכאות, או דילמא דינו כבורר ומותר ללכת לפניו לדון".

עיי"ש בתשובת ציץ אליעזר שהביא מתשובת מהרש"ך הנוכרת ומתשובת בעי חיי של בעל כנסת הגדולה, ובמסקנת דבריו כתב - "בנידונו הרי לא התנו בחוקה שפקיד המוסמך ידון ויכריע לפי מערכת חוקים קבועים משלהם בערכאותיהם, אלא מסרו לידו הסמכות להכריע ולפסוק בכל סכסוך של שכני בית משותף כפי מומחיותו ושיקול דעתו, וא"כ בכל כה"ג י"ל שגם הבעל כנה"ג יודה שמותר להתדיין לפניו ומהני הקבלה שמתבטאת בצורת חקיקת חוקה, כי לא נכנס בכזה כלל בגדר של דיון לפני שופט ערכאות".

למעשה בנידון הספציפי שבתשובת הציץ אליעזר, יש מקום לפקפק אם לקבל את פסק דינו. בספר משכן שלום (להרב שלום מרדכי סגל שליט"א, עמ' קטו), כתב וז"ל - "אף תביעה בפני 'המפקח' על בתים משותפים, הסכימו פוסקי הדור שהוא בכלל תביעה בפני ערכאות, כיון שכחו מכח השלטון ובתי המשפט, וכפוף לחוקי הערכאות. ודברי תשובת ציץ אליעזר שכתב לחלק בזה אין להם הבנה, ואינם תואמים את המציאות הידועה".

וכן יש לציין בזה לתשובת דברי מלביאל חלק ה' סי' רי שכתב - "ומ"ש מעכ"ת דכיון שהלכו לפני בית דין של סוחרים אין זה נקרא ערכאות של גויים, והביא ממ"ש הפת"ש סי' ג' סק"ב בשם הרש"ך ... לענ"ד זה אינו. כי אצלינו אין המנהג כן, רק הערכאות קבעו אשר לענייני מסחר ידונו סוחרים והרי זה כחלק מבתי המשפט שבמדינה".

להשפט בפני בית דין של סוחרים, מאחר ובזמנו בית הדין של הסוחרים, מבחינה עקרונית, היה בנוי בצורה כזו.

טעם האיסור הוא מאחר ומערכת המשפט הנ"ל היא מערכת שביסודה חילופית למערכת החוקים המסורים לנו בתורה מסיני, הרי שהאדם הפונה למערכת כזו, למעשה מכריז שדיני התורה אינם חוקים ראויים שנוכל לדון על פיהם, ועל כגון זה כתב הרמב"ם את דבריו החמורים שבסוף הלכות סנהדרין ("הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף, והרים יד בתורת משה רבינו").

אך אם הגוף השיפוטי, בהגדרתו, אינו אמור לראות את מערכת החוקים החילופית לחוקי התורה כמערכת חוקים שבכוחה לכפות את מרותה על הצדדים, אלא מבקש לעשות צדק בין הצדדים בהתאם לשיקול דעתו ובהתאם למומחיותו, או שמבקש לברר את המנהג המקובל בין הסוחרים, ופסק דינו ניתן בהתאם לכללי הצדק כפי שהם למיטב הכרתו או בהתאם למנהג, במקרים אלו אין איסור ערכאות בהזקקות לגוף שיפוטי כזה.

ולפי המבואר בדברינו, גם אם בפרט כזה או אחר, גוף שיפוטי זה יבחר מבחירתו החופשית (ולא מכח כפיפות חוקית) להעזר בהוראות החוק, לצורך ברור הסכסוך, אינו הופך בכך לערכאות הנאסר בהלכה.

ונציין, שבתקנון האגודה לא נקבע שהבוררים מחוייבים לעמוד בקריטריונים מסויימים. לא נקבע סף מינימאלי לכישוריהם או להשכלתם המשפטית. אילו היתה כוונה לקבוע כי גוף זה של בוררים כפוף להוראות החוק האזרחי, ויעדו הוא להשליט את הוראות החוק בין חברי האגודה, היה מקום לקבוע מראש סף מינימאלי לכישורים המשפטיים שיאפשר לבוררים למלא יעד כזה.

ועל כן במקרה שבפנינו אין לחוש לאיסור ערכאות, בניהול הדיון בפניהם, גם אם הוקם גוף של שלשה בוררים, ואחד מהבוררים הינו עורך דין בהשכלתו. וזאת מאחר וביסודו של דבר, גוף זה של הבוררים אינו כפוף למרות החוק, ואינו אמור לייצג את התפיסה השיפוטית הבעייתית המפורטת לעיל, המקנה לו מעמד של ערכאות.

כמקור להגדרה הנזכרת בדברינו, נציין לדברי החזו"א סנהדרין סי' טו סק"ד (ד"ה ואע"ג) ולדבריו בחלק חו"מ (ליקוטים סי' טו סק"א) במש"כ "דינא דמלכותא מכרעת את האומד. וכיון דמורגל אצלינו דינא דמלכותא דינא, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים בו ... ונמצא שאנו דנין בדנינו, ולא בדניניהם".

ועיין בפד"ר ח"ג עמ' 330-335 שנתנו תוקף להסכם בין הצדדים שקבע כי במקרה של סכסוך יתמנה בורר מטעם אגודת האינג'נרים שידון ויפסוק ביניהם, ופסקו שם, כדעת הרוב בהרכב בית הדין, שהבורר יפסוק בהתאם לשיקולו המקצועי ובהתאם למקובל בעניין זה, ודחו דעת המיעוט שסבר כי על הבורר להיות שומר מצוות ובר אוריין וכי עליו לדון ולפסוק לפי דין תורה.

בסכסוך בין חברי האגודה לוועד האגודה. על כן גם אם הבוררים יודקו לחוק או למנהג, בכך הם אינן הופכים עצמם לערכאה משפטית שאסור להדיין בפניה.

ונוסיף להבהיר את הגדרת הדברים. קיים כלל גדול בכמה הלכות בדיני ממונות שאנו הולכים אחר מנהג המדינה, יעויין במסכת ב"מ דף פג. במשנה ובשו"ע חו"מ סי' שלא ובמקומות רבים נוספים. וכידוע דיני עבודה בבית הדין נפסקים בהתאם למנהג המקובל במקומות העבודה, גם אם מנהג זה נוסד והתקבל מכח הוראות החוק. אך בכל אותם המקרים בהם בית הדין פוסק לחייב ממון וכיוצ"ב, פסק הדין נובע מכך שבית הדין נוכח לדעת שהמנהג או החוק יצר מצב שהצדדים התחייבו זה לזה בהתאם למנהג או בהתאם להוראות החוק. עילת החיוב הממוני שיקבע בפסק הדין במקרים אלו היא - התחייבות הצדדים בלבד, ולא הכפיפות לתוקף החוקי של חוק כזה או אחר לחייב את הצדדים, גם בניגוד לדין תורה. ועל כן במידה שהתברר כי הצדדים הודיעו בפירוש על כוונה להתחייבות אחרת, כוונתם קובעת, גם בניגוד לחוק. ועיין לעיל חלק אה"ע סי' מח שהארכנו בזה. וכן בדיני נזיקין וכיוצ"ב, כל עוד אין לצדדים (דהיינו למזיק) כוונת התחייבות, בית הדין יפסוק רק על פי דין תורה ולא ניתן להתחשב בחוק הסותר דין תורה.

לעומת זאת, הקו המנחה את בתי המשפט הוא - העליונות שיש להוראות החוק, שבכחם לחייב את כלל האזרחים, גם אם לא היתה כוונתם להתחייב בהתאם להוראות החוק.

בלשון אחרת, בית הדין יתחשב בהוראות החוק רק אם מתברר שבעקבות הוראות אלו נוצר מצב בשטח - מנהג מדינה, ובסתמא או בפירוש היתה כוונת הצדדים להתחייב בהתאם להוראות החוק, (בלשון ציורית ניתן לציין שבית הדין יתחשב בהוראות החוק ככוח העולה מלמטה למעלה). לעומת בתי המשפט, שתפיסתם הבסיסית היא העליונות של החוק והכפיפות של האוכלוסייה להוראות המחוקק, ושכח מערכת החוקים לחייב את הצדדים גם בניגוד לרצונם, (כביכול ככוח היורד מלמעלה למטה). ותפיסה כזו ביסודה היא תפיסה הסותרת דין תורה, שלדיני התורה תוקף עליון המחייב את הצדדים בניגוד לרצונם, כשאר תרי"ג מצוות המחייבות (בדרך של כביכול מלמעלה למטה, גם בלא כוונה ורצון להתחייב בהם). שרש איסור הליכה לערכאות נובע מהקביעה ההלכתית שלא יתכן שמערכת חוקים אחרת, הסותרת ועוקרת את דיני התורה, תקבל מעמד זהה או עדיף לדין תורה.

על כן אם התפיסה הבסיסית של הגוף השיפוטי, בין אם בבית דין של סוחרים עסקינן, או במפקח על בתים משותפים, או בבוררים, תהיה תפיסת עולם הרואה את התוקף העליון של מערכת המשפט לחייב את האזרחים הכפופים למרות החוק, בכל מקרה ובכל תנאי, ובלא לשאוב את עילת החיוב מהתחייבות הצדדים, אזי במקרה כזה קיים איסור הלכתי להשפט בפניהם, ועל כן הדברי מלכיאל אסר

מסקנת הדברים

לא נמצאה עילה להורות לחברים להמנע מלפעול בהתאם להוראות הקבועות בתקנון, ולהמנע מליזום הקמת

גוף של בוררים לבירור סכסוכים, ועל כן הבקשה להוצאת צו מניעה אינה מתקבלת. מאידך אין היתר לצד מהצדדים לפנות לערכאות משפטיות, גם אם זו כוונת התקנון, אלא בהתאם להלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' כו.

סימן יד**דין הקרוב לבעל דין**

אייר תשנ"ה

על הש"ך שנקט שהלכה זו תלויה אם טובת הנאה ממון או אינה ממון, והביא שכן כתב המחנה אפרים,

וע"ע בספר אמרי בינה הלכות עדות סי' נו שהעלה כדעת הש"ך לפסול עדות כשיש טוה"נ לקרובו, שגם אם טוה"נ אינה ממון, מ"מ היא שוה ממון, וכיון שיש לגובר נגיעת ממון, קרוביו פסולים להעיד על אותו ממון.

העולה מדברינו, לפי הכרעת הש"ך בחו"מ סי' שן כדעת רוב הראשונים שלהלכה נקטינן דטוה"נ אינה ממון, הרי שלדעת רוב הפוסקים קרוב יכול להעיד ולדון על ממון שיש בו לקרובו טוה"נ. שכן היא דעת הרמ"א התומים הנתיבות הרע"א והמחנה אפרים, וכן הסכים בקצות החשן סק"ד. ורק לדעת הש"ך והאמרי בינה אינו יכול להעיד עליו. וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' כב.

מסתמת הפוסקים נראה שהלכות עדות שוה בזה להלכות דיינים, לכן מכיון שבנידון זה הנתבעים עומדים על כך שהדין יתקיים בביה"ד שבעיר שהוא מקומם, לכאורה זכותם לטעון שמכיון שלדעת רוב הפוסקים קרוב יכול לדון אין למנוע את קיום הדין במקומם.

דין תורה על הזכות בטובת הנאה

נראה שכל האמור היה נוגע לענייננו אילו היה מתקיים דיון על ממון מסויים שהנהלת המוסד תובעת מאדם אחד וכדומה, דומיא דהנידון בשו"ע ובפוסקים שהשאלה היא האם קרוב יכול להעיד על אותו ממון. אך בנידון שלפנינו אין כאן תביעה לקיים דין תורה על ממון, אלא קיימת טענה מצד התובע שיש לו זכות להכנס כחבר בהנהלה, וכל עוד לא ניתן לו לממש זכות זו, הרי טענתו היא שאנשי ההנהלה הנוכחית נוהגים שלא על פי הדין כשאינם מצרפים אותו להנהלה ומתעלמים מהזכות שירש מאביו, ולמעשה הדין יתמקד ויתייחס במעשיהם של חברי ההנהלה וזכות להתחלק בטובת ההנאה, שכעת מתחלקת בין חברי ההנהלה הנוכחיים. ומכיון שאחד מהנתבעים הוא קרוב, לא יתכן שקרובו ידונו אם נהג על פי הדין, כשמנע מהתובע את הטובת הנאה שדורש לקבל.

במהלך בירור הענין עלתה הסברה, מאחר שקיי"ל - "טובת הנאה אינה ממון", הרי שביה"ד אינו יושב לדון במעמד של "בית דין" שהרי אין כאן ממון לדון עליו. אלא

פרטי המקרה

בפני ביה"ד האיזורי הוגשה תביעה כנגד הנהלת מוסדות תורה, שמקום מושבה באותה העיר. התביעה הוגשה על ידי התובע, המבקש להתמנות כחבר הנהלה במקום אביו המנוח שהיה חבר הנהלה. אך אחד מחברי ההנהלה הנתבעים, הוא קרוב משפחה של אחד מדייני בית הדין. התובע מבקש מבית הדין להורות על העברת הדיון לבית דין אחר מפני הקירבה שבין הדיין לאותו חבר הנהלה, ואילו הנתבעים מבקשים לקיים את הדיון בבית הדין שבעיר, כפי ההלכה שהתובע הולך אחר הנתבע. הוסכם שביה"ד בהרכבו ידון בתביעה זו רק אם על פי ההלכה אין מניעה לקיים את הדיון בתביעה, אך אם על פי ההלכה בית הדין מנוע מלדון בתביעה, התובע רשאי לבקש להעביר את הדין למקום אחר ואינו מחוייב להסכים לבית דין שיוכשר רק בהתאם להלכה של "קבל עליו קרוב או פסול".

יצויין כי הקרוב לדיין, משמש חבר הנהלה שלא בשכר, וצירופו של אדם נוסף להנהלה אינו פוגע בו ישירות מבחינה כלכלית. המשמעות המעשית של צירוף אדם נוסף היא שיהיה אדם נוסף עם זכות החלטה בישיבות ההנהלה.

לכאורה, חבר ההנהלה הקרוב עלול להיפגע מצירוף אדם אחר, מפני שאדם נוסף מתחלק בטובת ההנאה שיש בחברות בהנהלה, (מבואר בפוסקים שיובאו להלן), שההנאה שיש לגבאי צדקה ולגזברים היא בגדר "טובת הנאה". ויש לדון האם בנסיבות אלו ניתן לקיים את הדיון ע"י דיין הקרוב לאחד מהנתבעים.

עדות גבאי או קרובו בממון ההקדש

בחו"מ סי' לו ס"ט נפסק שגבאים יכולים להעיד על ממון מסויים כל זמן שאין להם או לקרוביהם שום זכות בנכסי ההקדש וכתב הרמ"א - "וכ"ש שקרוביהם כשרים להעיד, אע"פ שהגובר מחלק הממון למי שירצה למ"ד טובת הנאה אינה ממון".

ועיין בש"ך סק"י שנשאר בצ"ע על דברי הרמ"א, ולדעתו אף למ"ד טוה"נ אינה ממון, אינו יכול להעיד, עיי"ש.

ועיין בתומים סק"ד ובנתיבות המשפט סק"ח שהעלו שקרובי הגובר יכולים להעיד. ועיי"ש בגיליון שו"ע לרע"א

העדות היא על הטובת הנאה גופה, לשיטת המקור חיים הדין ברור שאף קרוב לגובר אינו יכול להעיד. וה"ה אם הדין תורה הוא על עצם הזכות של הטוה"נ הרי זה דין תורה על ממון.

ונציין שכמה פוסקים נקטו בלשונם דטובת הנאה לא גרע מפחות משה פרוטה. עיין במהרש"ל ביש"ש פ"ט סי' סא שכתב דאמנם טובת הנאה אינה ממון להוציאו בדיינים אך אסור לכהן ליטול מתנות כהונה שלא מדעת בעלים, ובאר המהרש"ל - "מ"מ הוא ממון לגבי בעלים שלא ליטלו בעל כרחו מאחר שיש לו בו טובת הנאה ולא גרע מפחות משה פרוטה שאסור ליטלו הימנו ואינו ממון לכל דבר". וכן בתפארת שמואל על הרא"ש בסוף פרק שני בקידושין כתב ביחס לטובת הנאה, וז"ל - "דנהי דאינו ממון גמור לקדש בו את האשה לא גרע מפחות משה פרוטה שלא יטלנו בעל כרחו". וכן כתב מהר"ם שיק חיו"ד סי' שכח - "דאפילו למ"ד טוה"נ אינה ממון, אסור לכל אדם לחטוף מבעלים, דהנאה ההיא זיכתה התורה לבעלים והוא מצוה שלהם, והוא לכל הפחות כחצי שיעור וכחצי פרוטה ... הנאת טובת הנאה בודאי לא גרע משאר הנאה, אלא דכיון דההנאה ההוא בא מעלמא שאחרים מחזיקים לו טובה, א"כ הוי כדבר שאין בו ממש ... אבל הגזולו ממנו נראה פשוט דהוי כגזול חצי שיעור".

אמנם נראה שהפוסקים הנ"ל נקטו פחות משה פרוטה לדוגמא בעלמא, ולא כהשוואה גמורה. אך עכ"פ כתבו דלא גרע מפחות משה פרוטה. בפחות משה פרוטה, אף שהדיינים אינם נזקקין לפחות משה פרוטה, אפ"ה כתב הנתיבות בסי' ו' - "מ"מ אם נזקקו נראה שיש להם דין ביד לענין הודאה והוחזק כפרין", והסכים עמו בזה בשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קע. מבואר שדין תורה על פחות משה פרוטה הוא דין תורה גמור לכל דבר. מכל הנ"ל נראה שלענין זה לא גרע דין טובת הנאה מפחות משה פרוטה, ודין על הזכות לקבל טובת הנאה הוא כדין תורה בשאר דיני ממונות שאין דנים בלילה, וקרוב פסול לדון.

יש לציין שבלשון המהרש"ל והתפארת שמואל מבואר שטוה"נ עדיפא מפחות מש"פ, ונראה דעדיפא גם לענין הא דנזקקין לדון בזה, דפחות מש"פ הטעם דאמרינן מסתמא מחיל וכמ"ש רש"י בסנהדרין דף נו. ד"ה צערא, אבל בטוה"נ לא מצינו דמסתמא מחיל.

וכן משמע מפשטות דברי המחבר והרמ"א בחו"מ סי' פז סעיף לה, שכתבו שאין נשבעין על תביעת טוה"נ מכיון שאינה ממון, משמע דעכ"פ נזקקין לדון בטענתו ולענין זה אינו כפחות מש"פ. וכן משמע מדבריהם שרק לענין שבועה אין מחייבים להשבע, אבל בעיקרו של דבר מקיימים דין ביניהם ויחשב כדין תורה לכל דבר, דאל"כ מעיקרא אין הו"א לחייב שבועה, שהרי שבועת היסת נקראת שבועת הדיינים כמבואר בשו"ע סי' פז ס"ז, ואם הדין בתביעת טובת הנאה אינו דיון בגדרי ביד אין מקום כלל לדיון בחיוב שבועה. וע"ע ברש"ש עמ"ס קידושין דף נח שלדעת השו"ע

רק קיימת שאלה הלכתית לבירור, ובית דין משמש כמורה הוראה שהוטל עליו לברר מהי ההלכה במקרה זה, ואין כאן פסול של קרוב שנאמר רק ביחס ל"בית דין".

אך אין מקום לטענה זו מאחר שכאמור לעיל, הדין מתייחס למעשיו של חבר הנהלה, וזהו דין תורה שבו יש לשמוע את טענות בעלי הדין, ואינו כשאלת איסור והיתר בעלמא. מלבד זאת, לענ"ד נראה שהנושא הנידון כאן הוא דין תורה בדיני ממונות, אף שהנושא העומד על הפרק הוא רק טובת הנאה.

בגדר "טובת הנאה" כתב המקור חיים בהלכות פסח סי' תלא (בפתיחה) וז"ל - "הא דאינו יכול לקדש אשה בטוה"נ למ"ד טוה"נ אינה ממון, וכן הגב פטור מכפל של טוה"נ, נראה דהיינו טעמא דודאי טוה"נ שוה כסף הוא, דהא שמין אותו בהקדש כמבואר בערכין (כח:), והאיך שייך לומר אינו ממון בדבר שיש לו שומא וכל העולם נותנין סך הרבה עבור זה. רק פלוגתייהו הוא אם טוה"נ חשוב ממון וזכות בגוף החפץ. דמאן דס"ל ממון, חשוב כאלו יש לו ממון וזכות בגוף החפץ ויכול להקנות הטוה"נ במשיכת החפץ, ומאן דס"ל אינו ממון, היינו שאין חשוב ממון וקנין בגוף החפץ רק זכות מבחוח".

וע"ע בספר זית רענן ח"ב חלק חו"מ סי' עג שהסכים עם שיטת המקור חיים, ואף העלה נ"מ דאם אדם יקדש אשה כהנת בגוף הטוה"נ הרי היא מקודשת, והוסיף - "טעמא דידי לפי שטובת הנאה דבעלים, דקלישא ליה קניינו בגוף החפץ, לא גרע מדבר שלא בא לעולם ודבר שאין בו ממש וכדומה, דריעותא דידיהו במה שאינו יכול להקנותם בשום קנין" וע"ע בספר חלקת יואב חו"מ סי' כג שדן באריכות בשיטת המקור חיים והעלה שכן מוכח בדעת הרמב"ם.

והנה בגמרא במסכת בכורות דף כו: "ובכולן יש בהן טובת הנאה לבעליו, כיצד ישראל שהפריש תרומה מכריו ומצאו ישראל אחר ואמר לו הא לך סלע זה ותנהו לבן בתי כהן מותר", ועיי"ש ברש"י (וע"ע ברש"י פסחים מו: ד"ה טובת הנאה, וברש"י חולין דף קלא: ד"ה יש בהן), ומבואר דטובת הנאה הוא דבר מועט שאדם מוכן לשלם תמורתו סכום מועט כגון סלע, אך עכ"פ הנאה זו שוה כסף.

והנה לפי דרכו של המקור חיים ברור שהגובר עצמו אינו יכול להעיד על ממון של ההקדש אף למ"ד טוה"נ אינה ממון דעכ"פ הוא נוגע בעדותו, וכ"כ האמרי בינה דיני עדות סי' נו בדעת המקור חיים. ואכן הנתיבות (שם) בסק"ח סתם כדעת הש"ך ביחס לגובר עצמו וכתב דאף למ"ד טוה"נ אינה ממון אינו יכול להעיד על ממון ההקדש, ורק ביחס לקרובו של הגובר הכריע הנתיבות דלא כש"ך אלא כדעת התומים דמכיון שקרוב אינו חשוד לשקר לכן יכול להעיד על הממון של ההקדש ואין מתחשבים בהנאה צדדית שאינה בגוף העדות. ובנקודה זו האמרי בינה חולק עליו, וכבר הזכרנו לעיל שרוב הפוסקים נקטו כנתיבות בזה.

אך עכ"פ ברור שכל הדין בפוסקים הוא רק כשהנושא הוא הממון, ואילו הטוה"נ היא מחוץ לגוף העדות. אבל אם

ושאר דברים אף דלא הוי ממון גמור, א"כ ה"ה לענין טובת הנאה נמי י"ל כן אף דלא הוי ממון, מ"מ כיון דחשיבא הנאה מיקרי בעל דין דידיה. וכן מוכח מדברי הש"ך בסי' לו סק"י שפסק דמשום טובת הנאה מיחשב נוגע בעדות ומשום דלא ניחא ליה דליהוי תרעומת עליו פסק שם בס"ק כא דלא הוי נוגע בעדות, וא"כ כיון דמשום דלא ליהוי תרעומת עליו מיחשב בעל דין דידיה כ"ש משום טובת הנאה, עכ"ל השער משפט.

העולה מדברי השער משפט, שתביעת טובת הנאה היא תביעה לכל דבר ונחשב בעל דינו כבשאר דין תורה, אף אם אין טובת הנאה פוסלת לעדות, דומיא דתרעומת שאינה פוסלת לדעת הש"ך ואפ"ה נידון כבעל דינו כמבואר שם בסוגיא בכתובות, עיי"ש בתוספות. ולכן הדין תורה בטענותיהם אינו יכול להעשות בבית דין שאחד מהדיינים קרובים לאחד מהצדדים.

מסקנת הדברים – על פי הדין לא ניתן לקיים את הדין בהרכב הנוכחי של ביה"ד.

הנ"ל בסי' פז, ראובן שתפס משמעון מעות צדקה ורוצה לחלקן במקום שמעון מוציאין את המעות מידו, ורק במקום שיש הכחשה אין נשבעין, אך במקום שהתופס מודה מוציאין מידו, והביא כן בשם הנודע ביהודה בספר דורש לציון שפרש כך את דעת השו"ע. והרש"ש עצמו סבור שאין מוציאין ממנו. הרי שלדעת השו"ע אליבא דהרש"ש והנודע ביהודה מקיימין דין תורה בתביעה כזו ובלא בית דין א"א להוציא, ואף לרש"ש נראה שחולק בנקודה זו בלבד שאין מוציאין ממנו טוה"ג, אבל עכ"פ יש מקום לדיון בתביעה כזו כדין תורה לכל דבר.

וכן עולה ממש"כ בשער משפט סי' פז ס"ק כו, וז"ל - "נראה לומר שאף למ"ד טובת הנאה אינה ממון מ"מ הנאה הוי ומקרי בעל דין דידיה כדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי (כתובות צב:) ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא בע"ח של ראובן, דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה ולא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את, דאמר ליה לא ניחא לי דליהוי לשמעון תרעומת עלי, עיי"ש ברש"י ותוספות. אלמא דמשום חשש תרעומת מיחשב בע"ד דידיה לענין שבועה

סימן טו

שטר מעשה בית דין

להלן נברר בעז"ה את היסודות בהלכה עליהם בנוי הכשרו של שטר זה, ואת ההלכות התלויות בו.

הצורך במעשה בית דין להוכחת הגירושין

התשב"ץ דן בנושא זה בשתי תשובות בהם הוא קובע שהאידינא שהגט נקרא לאחרי הגירושין ואין לפנינו את עידי המסירה, בלא מעשה בי"ד האשה עדיין בחזקת אשת איש ואינה רשאית להנשא.

בח"א סי' א', הרשב"ץ מתייחס לדין כפי שהיה נוהג בזמן הגמרא, שלא היה צורך במעשה בי"ד ובהיתר כלשהוא מבי"ד, לעומת תקופת הראשונים שנהגו לקרוע את הגט.

וז"ל - "לפי מה שנראה לי מסוגיות הגמרא בפרק האשה רבה (יבמות צא.) ובדוכתי אחריני, דאשה שנתגרשה בפני שני עדים אינה צריכה בית דין להתיר להנשא, אלא הרי היא ברשות עצמה ומותרת להנשא. ואם יבא בעל ויערער, יבואו עדי מסירה או תוציא גטה בעדי חתימה ומשתקין אותו. שמסירת הגט ביד האשה הוא המחזיקה גרושה ואינה צריכה ענין אחר. ומשום הכי אמרו בירושלמי (במסכת גיטין פ"א ה"א) שאפילו למאן דאמר עדי חתימה כרתי נותנו לה בפני שנים להחזיקה גרושה. ולא מצינו שהוזכר בגמרא שתצרך האשה התר בית דין כלל ולא שטר מעשה ... אבל אחר מסירת הגט לא מצינו כלל רמו לזה, וגם בכל סידורי האחרונים ז"ל המסדרים נתינת הגט לא מצינו זכר לדבר כלל במסירת הגט, אלא היכא שצ"ל בפני נכתב ובפני נחתם,

מבוא

השטר המצוי בש"ס ובפוסקים הוא שטר שבו חתומים שני עדים. מלבד זאת, מצינו סוג נוסף של שטר והוא "מעשה בית דין", החתומים בו שלושה דיינים, ומשמש כשטר ראייה על מה שנעשה בפני בית הדין או על פסק הדין.

שתי השטרות הללו שונים זה מזה, ובעז"ה נעמוד על ההבחנה ביניהם ועל הדינים המיוחדים לשטר מעשה בי"ד.

שטרי מעשה בי"ד מצויים במקרים הבאים -

- א. לאחר גירושין, כראיה לבני הזוג שהגט סודר כדין.
- ב. בשליח המביא גט, כראיה על שליחות השליח הראשון והשני.
- ג. בגר שמל וטבל בפני בי"ד, כראיה לאישור המילה והטבילה.

ד. כראיה לקבלת עדות או לקבלת קנין הנעשית בפני בי"ד במקום אחד, והשטר נשלח לבית דין היושב במקום אחר.

בגמרא (כתובות כב.) מצינו שטר מעשה בי"ד בקיום שטרות, והראשונים (הרשב"א בתשובה ח"ז סי' שצו והטור אה"ע סי' קמא) עסקו בדין שטר מעשה בית דין על מינוי שליח.

בזמן המשנה והגמרא, האשה הביאה את גיטה כהוכחה לגירושין, אולם החל מתקופת הראשונים נהגו שהגט אינו נשאר בידה לאחר מסירת הגט, והראיה שיש לה להוכחת הגירושין היא באמצעות שטר מעשה בי"ד בלבד.

בית דין ונקרע גטה ועדי גירושיה במדינת הים תצא ובניה ממזרים, וכיון שלהתירה לינשא צריכה גט או עדי גרושין או דיינין שהעידו בפניהם עדים שנתגרשה, הרי הוא דין גמור ככל דיני תורה. ומה שאמרת שכיון שהגיע הגט לידה הרי היא מגורשת גמורה ודאי כן הוא, ואין אנו אומרים שאם נשאת בלא היתר שתצא כיון שיש עדי גרושין או גטה יוצא מתחת ידה, אבל קבלת עדות זו דין הוא ככל קבלות עדות, ואם לא נתקבלה עדות זו בהכשר אינה כלום, וצריך לחזור ולקבל אותה בכשרות, ואם הלכו עדיה למדינת הים הרי זו בחזקתה ולא תנשא, עכ"ל התשב"ץ.

ובתשובה נוספת בחלק ג' סי' מג כתב התשב"ץ על גט שערערו עליו לפסלו, וז"ל - "אבל לפי מה שנאמר לי כי הגט נמסר במיורקא, אין לחוש לשום ערעור אחר מעשה בית דין, דבי דינא בתר בי דינא לא דייקי, ולזה נוהגין לקרוע הגט ולעשות מעשה בית דין כדי לסלק ערעור דבעל".

העולה מדברי התשב"ץ -

א. מנהג ישראל ותקנת הראשונים ז"ל להעמיד בי"ד ולעיין בגירושי האשה שנעשו כדן, ואח"כ קורעים את גיטה ונותנים לה מעשה בי"ד.

ב. האידנא שקורעים את הגט, אשה המוחזקת כאשת איש אינה יוצאת מחזקתה אלא או בעדות של עדי מסירת הגט בב"ד שהאשה התגרשה כדן, או ע"י שטר מעשה בי"ד.

ג. לאחר שנעשה מעשה בית דין אין מקבלין ערעור על הגט שנעשה שלא כהוגן דבי דינא בתר בי דינא לא דייקי. מצינו ראשונים נוספים שהזכירו את שטר מעשה בית דין, עיין במאירי בספרו "קריית ספר" מאמר ראשון ח"ג ובבית הבחירה עמ"ס שבת דף עט. שהזכיר את האפשרות להשאיר ביד האשה מעשה בי"ד לראיה במקום הגט, וכן הריב"ש סי' שצ דן על מעשה בי"ד כזה.

יש להעיר שמדברי המאירי בקריית ספר עולה שכבר בזמן הגמרא היה מצוי שהאשה תקבל מבית הדין מעשה בי"ד ודלא כתשב"ץ, וז"ל המאירי - "בגט התירו לכתבו על הדיפטרא שהרי התירו אף בעלה של זית ולא חששו להזיק בו דבר המתקים הואיל ועידי מסירה כרתי, ושהדבר מצוי שהיא הולכת לבית דין להתירה ולכתוב לה מעשה בי"ד שתסמוך עליו".

ויש מקום לציין כאן את דברי החתם סופר בתשובה ח"ו סי' סט שכתב שאין מקום להתיר לאשה להנשא על סמך הגט בלבד, וזאת מפני שמנוסח השמות הכתובים בגט, הכוללים רק שמותם ושם אביהם בלא שם משפחה, אין ניתן להוכיח בבירור שהגט מתייחס לאשה זו. וז"ל החתם סופר - "וזה תימה בעיני להתיר ע"י שמו ושמה, ובוה"ז שאין מזכירים מקום לידה, ורוב פעמים השמות המוזכרים בגט אינן מורגלים בשום אדם, כי אין כותבים יחוס משפחה כגון קאץ או בוין, כמ"ש בפוסקים, אלא יוסף בן שמעון ורחל בת לאה. וכי על קרע כזה הנמצא בב"ד, נתיר אשה זו לעלמא, הבאה מארץ רחוקה לומר אני היא, חלילה".

וגם כשהבעל נותנו ביד שליח קבלה, כדי שיקיים שטר שליחות קבלה, אבל כשהבעל נותנו ביד האשה עצמה אין צורך לדבר אחר אלא הרי היא ברשות עצמה, שעדיה החזיקה מגורשת ומותרת לינשא ואינה צריכה רשות בית דין כיון שלא יצא עליה ערעור. וגם קריעת הגט או שריפתו אחר מסירה ולכתוב לה שטר עדות אינו משרש ההלכה, דהא אמרינן בפרק התקבל (דף סד.) שנים שאמרו בפנינו קבל וקרע. הא מפרשינן התם דבשעת השמד שאני, אבל שלא בשעת השמד לא היה מנהגן לקרוע הגט.

והאידנא אינהוג רבותינו ז"ל קריעת הגט, ולהעמיד בי"ד אחר מסירת הגט לעיין בגרושין אלו אם נעשו כהלכה, ולשרוף אח"כ הגט ולכתוב לה שטר ראייה שהם החזיקה מגורשת גמורה, כדי לסלק כל ערעור וכל קול פסול, שכיון שנעשה לה מעשה בית דין דהיינו קריעת הגט או שריפתו, הרי היא מגורשת על פי בית דין, ונסתלקו מעליה כמה חששות וערעורים שהיו יכולין לצאת עליה אם לא נעשה בה מעשה בית דין. לפי שעתה כבר נגמר ענינה בבית דין, והטוען אחר מעשה בית דין אינו כלום. זהו מנהגן של כל ישראל ותקנת האחרונים ז"ל, עכ"ל התשב"ץ.

בתשובה נוספת של התשב"ץ בח"א סי' כו, סבר השואל שהמעשה בי"ד ניתן לרווחא דמילתא, והתשב"ץ עונה לו בתקיפות ומעמידו על טעותו. ונעתיק קטעים קצרים מדברי התשב"ץ - "עוד התנצלת במה שהשבתני עליך על שהיית דיין בהיתר אשה זו על פי עדות קרובך שהיה אחד מעדי מסירה. וכתבת זה לשונך, כי מכיון שהגיע הגט לידה הרי היא מגורשת גמורה, ואפילו לא נעשה מעשה בית דין מעולם הרי היא יכולה להנשא. וענין המעשה בית דין אינו אלא כדי שלא יוכל הבעל לערער, דאין אחר מעשה בית דין כלום, וקי"ל דכל בדרבנן עד נעשה דיין ע"כ לשונך. ואין דברך מכוונן, שכיון שנקרע הגט ועל פי מעשה בית דין היא רוצה להנשא ולגבות כתובתה, כדיני ממונות דמי, וכיון דבדיני ממונות אין דיין דן על פי קרובו ... שזו אשת איש היא לפניך ואי אפשר להתירה אלא או בגט היוצא מתחת ידה או בעדי מסירה, ואם נקרע גטה והלכו עדים למדינת הים היאך תצא מחזקת אשת איש, על כרחין צריכין אנו למעשה בית דין שהתירוה להנשא או על פי גטה או על פי עדות עדי גרושין. וכיון שאנו צריכין לדיינין הרי הוא דין גמור, שהרי על ידי גמר דינן יוצאת מחזקת אשת איש לחזקת פנויה, וכיון שהוא דין אין חותכין אותו על פי קרובים ... לסברתך שאין אנו צריכין למעשה בית דין בהיתר אשה, ורצית לדון קל וחומר שאם בדרבנן עד נעשה דיין כל שכן בזה שאינו לא מדאורייתא ולא מדרבנן. וכבר כתבתי שעכ"פ צריכין אנו מדאורייתא מעשה בית דין להוציא אשת איש מחזקתה לחזקת פנויה, דחזקה דאורייתא היא וצריכין אנו לעדות ברורה לבטל החזקה. וכן אנו צריכין דיינים כשרים לקבל עדות זו כשאר דיני תורה ... אי אפשר להוציא אשת איש מחזקתה בלא עדות גמורה, ואלו נשאת בלא מעשה

אך גם ביחס לשלשה דיינים יש לחקור, האם לאחר שהדיינים דנו והחליטו על פסק הדין, והחלו כותבים וחותמים על שטר המעשה ב"ד, האם מעשה זה נידון כמסירת עדות על פסק הדין שפסקו בבית דינם, ועליהם לפעול באותה שעה בהתאם לגדרי הלכות עדות, ובאותה שעה כבר אינם נזקקים לגדרי ב"ד.

או שבכתיבת שטר מעשה ב"ד הם עדיין עושים פעולה המצריכה גברי ב"ד ואין זו עדות על פסק ב"ד, אלא הודעת ב"ד על פסק הדין שפסקו והודעה זו היא גמר פסיקת הדין, ואין לראות פעולה זו כמחוייבת לעמוד בגדרי עדות.

כמובן שהמקום לשאלה מדוע אין ריעותא של "מפי כתבם" בשטר מעשה ב"ד, הוא רק לצד הראשון שהדיינים בחתימתם על המעב"ד עושים מעשה של עדים בעלמא. אך אם אין כאן כלל עדות, אין מקום לביורור זה, מפני שהריעותא "מפי כתבם" היא רק בהלכות עדות, ולא בסדרי ביה"ד, וי"ל שהודעת הדין יכולה להעשות אף מפי הכתב, והכתב ישמש כראיה שכך בית הדין פסקו, ובוה גברי ב"ד אינם כגדרי עדים.

ישנן כמה נ"מ מחקירה זו.

א. האם שלשה דיינים שאינם כשרים אלא לדון ולא להעיד, יכולים לכתוב מעשה ב"ד. כגון לפי השיטה שהובאה בשו"ע חו"מ סי' ז' סעיף ג' שקטן בן יג שנה שלא הביא שתי שערות כשר לדון. אע"פ שפסול לעדות, כמבואר בשו"ע סי' לה סעיף א'. הרי שלפי הצד הראשון אינם יכולים לכתוב, אבל לצד השני אין מניעה שיכתבו את המעשה ב"ד.

ב. דיינים שבשעת הדיון היו כשרים לדון אך לאחר שהסתיים הדיון נפסלו לדון, אך עדיין כשרים כעדים. לצד הראשון יוכלו לכתוב מעב"ד, ולצד השני נפסלו גם לכתוב מעב"ד.

ג. אם הם נידונים כעדים, לכאורה יש צורך בקבלת עדותם על ידי בית דין, ככל שאר קבלת עדות, ורק אחר כך בית דין אחר יתיר אותה להנשא. משא"כ לפי הצד השני, על סמך שטר מעשה בית הדין וגם בהעדר פסק דין נוסף, ניתן לסדר לאשה חו"ק.

ד. האם אפשר לכתוב מעשה ב"ד בלילה.

לפי הצד הראשון ודאי שאפשר, כשם שעדים יכולים לחתום בלילה על שטר. אך לפי הצד השני עדיין יש לדון אי כתיבת מעשה ב"ד נחשבת כגמר דין ואפשר לכתבו בלילה או נחשבת כדין וא"א לכתבו בלילה.

ועיין בשו"ע סי' מז סעיף ד' שאין מקיימים שטרות בלילה, וי"ל דהיינו קבלת עדות על הכרת החתימות, אבל שאלת כתיבת שטר מעשה ב"ד לקיום השטרות בלילה, נשארה תלויה בספק הנ"ל.

נראה שנחלקו ראשונים ואחרונים בשאלה זו האם שטר זה הוא עדות הדיינים או שאינם עדים כלל.

במסכת כתובות דף כב. נאמר "שלשה שישבו לקיים את השטר ומת אחד מהם, צריכין למכתב במוות תלתא הוינא

ולפי זה, בכל מקרה שבו אין עידי מסירה מעידים בפנינו על הגירושין, יש הכרח שבשטר מעשה בית דין, יכתב שם המשפחה, כדי שלא יהיה ספק בזיהוי.

הטעם שהשטר אינו נפסל מצד "מפיהם ולא מפי כתבם"

יש לדון ביסוד הדין של מעשה בית דין. מדוע שטר ראיה על הגירושין החתום ע"י שני עדים, יפסל מפני שהוא "מפי כתבם", ואילו שטר מעשה ב"ד כשר ואין בו ריעותא זו. לכאורה בשטר זה כתובה עדות של שלשה דיינים המעידים על כשרות הגירושין, ובכל עדות בעינן שתאמר מפיהם ולא מפי כתבם. השטר אינו בגדר שטר שנעשה מדעת המתחייב, שהרי הבעל לא אמר לביה"ד לכתוב ולחתום שטר זה. מתוך בירור שאלה זו נקבל הגדרה יותר ברורה על מהותו של שטר מעשה ב"ד, וכן כמה נ"מ להלכה.

בביאור הלכה זו שבשטר החתום ע"י שני עדים אין ריעותא של מפי כתבם, מצינו כמה סברות בראשונים, עיין בקצות החושן סי' כח סק"ו שהביא את שיטות הראשונים. ולהלן נדון אליבא דהשיטה העיקרית בראשונים שהיא שיטת בעל המאור במסכת יבמות (פרק ד' אחים) המבאר שגדר הדין הוא שיש לפסול עדות הנמסרת לבית הדין "מפי כתבם", אבל בשטר שנכתב מדעת המתחייב נידון "מפי כתבו" של המתחייב ואינו "מפי כתבם" של העדים. וכן דעת הרשב"א בתשובה סי' אלף ריא ותוס' בב"ב דף לט: ד"ה מחאה, וכן כתב בקצות החושן (שם) בדעת רש"י.

יש לדון לשיטה זו מדוע מועיל מעשה ב"ד כגון קיום שטרות או מעשה ב"ד על גירושין או קבלת עדות, שהרי השטר נכתב שלא מדעת המתחייב, וכמ"ש התוס' בב"ב (דף מ.) - "קיום שטרות נמי משום דמעשה ב"ד היא, וכל מעשה ב"ד נכתב שלא מרצון החייב", וא"כ מה הטעם שאינו נפסל מטעם דהוי מפי כתבם.

לפני בירור שאלה זו יש לחקור ביסוד הדין, מה טיבו של שטר מעשה ב"ד.

שטר מעב"ד הוא מסירת עדות ע"י הדיינים או הודעתם על פסק הדין

נראה פשוט שאותם שלשה החתומים על שטר מעשה בית דין, צריכים להיות דיינים שדנו דין או עשו מעשה השייך לבית דין דוקא. וכמ"ש בספר נחל יצחק סי' כה (קונטרס ביאור ספק תקנה ענף א' בהגה"ה), וז"ל - "לכאורה יש לדון דדוקא היכא דצריך בית דין, כמו לכוף לבעל דין לבוא אליהם לדון או בקבלת עדות וכה"ג היכא דנתחייב מתוך טענותיו כמבואר בסי' ל"ט ובסי' עט, דזהו מידי דצריך בית דין דוקא. אבל היכא דבאו בעלי הדין מעצמן לבית דין שיכתבו לראיה, אין שם בית דין עליהם רק שם עדים ולא מהני מפי כתבם. וי"ל בזה על פי הא דסנהדרין דף כט: האי אודיתא ... ומר בר רב אשי ס"ל דהיכא דלא עבדי כלום בתורת בית דין אז אין שם בית דין עליהם אף דאמר הוו עלי דיינין".

א - בסי' ז' סק"ג כתב לחדש, וז"ל - "אם שלשה דיינים קבלו עדות וחלה אחד וצרפו אחר עמהן והעידו בפניו העדות שקיבלו שיכולים השנים להיות ג"כ דיינים אף שהעידו לפני השלישי, ואין שייך לומר בזה אין עד נעשה דיינן". ומבאר התיבות את הטעם לכך, שהרי אותם שני דיינים יכולים לכתוב מעשה בי"ד על קבלת העדות, ולא יהיה כתבן עדיף מפיהם וכששומע השלישי מפיהן היו כרואה בכתבן, כיון שיכולים לכתוב.

ב - בסוף סי' ל', כתב התיבות על הדין שעד אחד שהעיד בפני בי"ד ועד אחר העיד בפני בי"ד אחר את אותה העדות דקיי"ל דיבוא בי"ד אצל בי"ד ויצרפו עדותם של שני העדים. וכתב בזה הסמ"ע ס"ק לד' דמקצת מכל בי"ד לא מהני אם יצטרף למקצת מהבי"ד השני. וכתב בזה התיבות - "נראה דדוקא אחד מכל בי"ד אינו יכול להצטרף אבל שנים מכל בי"ד מצטרפין, דכל שנשאר שנים עדיין תורת בי"ד עליהן, תדע דהא יכולין לכתוב קבלת עדותן בתורת בי"ד ולכתוב אחד ליתוהי, ובי"ד השני דנין ע"פ כתבם כמו ע"פ מעשה בי"ד. משא"כ אחד מכל בי"ד".

הרי מבואר שסברת התיבות היא שהדיינים בחתימתם על המעב"ד הם בגדרי דיינים ולא בגדרי עדים.

מדברי התוספות רי"ד במסכת ב"ב דף קסח. משמע כדעת התיבות. בדבריו על קיום שטרות באר התוספות הרי"ד שמי שנמחק שטרו יכולים בי"ד לכתוב לו שטר חדש ולא העדים, מפני שבעדים יש ריעותא דמפי כתבם משא"כ בבי"ד. וז"ל התוספות רי"ד - "מעשה בי"ד אע"פ שלא יבואו לבי"ד ויעידו, כיון שמכירים חתימתם גובין לו על פי אותה האשרתא, דדוקא בעדים נאמר על פי שנים עדים ולא מפי כתבם, ולא בדיינים". אילו סבר התוס' רי"ד כרשב"א, מסתמא היה מבאר מאיזה טעם אין בעדות הדיינים ריעותא דמפי כתבם אע"פ שהם עדים.

וכן יש לסייע לנתיבות מדברי הריב"ש סי' שפב, שכתב בתוך דבריו - "כשהם בי"ד אלימא מילתא דבי"ד, אבל שיעידו העדים מעצמם מפי כתבם מבלי צואת בעל דבר מפי כתבם מיקרי". משמע דהריב"ש סבר כתוס' רי"ד ונתיבות, שהסברא היא הכח העדיף של בי"ד על כח העדים.

אך יש להעיר בדברי התיבות כמה הערות.

א. עיין בספר ישועות ישראל חו"מ סי' ל' עי"מ ס"ק טז שהעיר על התיבות שדבריו סותרים את דברי רבינו יונה שהובא בשטמ"ק ב"ב דף קסה:, ועיי"ש שהקשה על ראיית התיבות. וע"ע מש"כ בזה בספר משפט ערוך (להגרז"נ גולדברג שליט"א) סי' ל'.

ב. לפי האמור עולה, שהרשב"א יחלוק על שני הדיינים שחדש התיבות, שהרי לשיטת הרשב"א אין מקור לדינו של התיבות. ואין נראה להדחק ולומר דעכ"פ הרשב"א יכול להסכים ליסוד שכתב התיבות ששני דיינים הבאים מבית דין עדיין יש עליהם שם בי"ד, דבלשונו מבואר להיפך. וצ"ע על דברי התיבות, שהרי דינו של הרשב"א הובא כהלכה

וחד ליתוהי". יש מקום להקשות, כיצד שני דיינים כותבים מעשה בי"ד והרי שנים אינם נידונים כבי"ד אלא שלשה.

מצינו שתי תשובות שונות לשאלה זו.

בשור"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' צא כתב שאכן אין לאותם שני דיינים מעמד של בי"ד, והם נידונים כעדים המעידים על מה שבי"ד פסקו. הרשב"א בתשובתו דן האם במעשה בי"ד, כגון בקיום שטרות, על הדיינים לחתום על השטר זה בפני זה. וז"ל - "שלשתן נועדו במקום אחד בתורת בית דין והם בעצמן הכירו חתימת העדים ואח"כ חתמו זה שלא בפני זה, וא"כ כדין עשו. לפי שקבלת עדות צריכה להיות בבית דין, כלומר במעמד שלשה שהן בי"ד. אבל הבי"ד אין צריכים לחתום זה בפני זה ואפילו במקום אחד לא מצאנו. והראיה, ששלשה שישבו לקיים השטר ומת אחד מהם, שאע"פ שאין השלישי בעת החתימה, אעפ"כ השנים חותמים ודי להם בכך, ואילו היו צריכים לחתום במעמד שלשתם, כלומר שיהיו עדיין בי"ד בשעת החתימה, היאך אנו מכשירים קיום זה בחתימת השנים, והלא באותה שעה בטל כח הבי"ד, שהשלישי מת והנה איננו. ואלו קבלו שלשה עדות הקיום אע"פ שלא כתבו קיומם בשטר, אלא ששנים מהן מעידים כן בפני בי"ד די בכך, לפי שאין אלו עדים מפי עדים אלא בי"ד שמעידים שבבית דינם נתקיים שטר זה. ולא עוד אלא אם נתקיים שטר זה בפני בי"ד של שלשה די בכך, לפי שמשעה שנתקיים בפני בית הדין נגמר הענין, ומאותה שעה ואילך אין צריך אלא לברר שהיה כן כלומר לאמת שנתקיים בפני בי"ד".

הרי מפורש ברשב"א שהדיינים בעת חתימתם הם במעמד של עדים. שאילו היו במעמד של בי"ד, היו צריכים לשבת שלשה, במותב תלתא כחדא.

דברי הרשב"א הובאו בבי"י סי' מו ובד"מ ובסמ"ע ס"ק נח ללא חולק.

לעומת זאת מדברי נתיבות המשפט נראה להפך. (הנתיבות לא התייחס בדבריו לתשובת הרשב"א).

וז"ל התיבות בסי' ז' סק"ג - "אם אלו השנים כתבו הקבלת עדות בכתב במותב תלתא וחד ליתוהי וחתמו שנים ודאי סומכים על כתבם ודנים על כתבם, ואם נאמר דשנים שנשאר מבי"ד של שלשה אינן נאמנים רק מטעם עדות, קשה הא הוא מפי כתבם דהא שנים בעלמא אם יכתבו עדותן בשטר שראו שנחקרה עדותן בבי"ד ונגמר הדין בבי"ד ודאי דלא מהני דהוי מפי כתבם, ואילו שנים מהבי"ד גופיה מהני, אלא ודאי דשנים שבאו מבי"ד תורת בי"ד עליהן ונאמנים מטעם בי"ד ולא מטעם עדות, וכן בקיום וכן בפסק דין כשמת אחד מהן כותבין וחד ליתוהי".

הרי מפורש בנתיבות להיפך מדברי הרשב"א ולדעתו אין גדרי עדות בחתימתם על שטר מעשה בי"ד, ולכן אין לחוש לפסול משום "מפיהם ולא מפי כתבם".

מתוך יסוד זה שכתב התיבות לדון אותם בחתימתם על המעב"ד כדיינים בבי"ד ולא כעדים גרידא, העלה התיבות שתי הלכות -

ולומר כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, כמו גבי עדות, משום דכח ב"ד יפה ביותר, וכעין זה מצינו בעדות מפי הכתב דלא מהני משום מפייהם ולא מפי כתבם, אבל גבי ב"ד מהימני מהתורה אף בעדות הדיינים על גוף המעשה איך היה אף בכתב, וכל מעשה ב"ד הוא בכתב ומהימני, הרי דלא ילפינן לדיינים מן עדות אלא מחלקינן ביניהו, עכ"ל.

הרי שדעתו דבבחימת הדיינים על המעשה ב"ד אינם עדים אלא בגדרי דיינים, ולכן עדיפי מעדים.

העולה מדברינו שבשאלת שרש כח מעשה ב"ד נחלקו בזה ראשונים ואחרונים, הרשב"א וקצות החשן סוברים שבבחימתן הם מעידים על פסק הדין, ואילו התוספות ר"ד והריב"ש וכן הנתיבות ועין יצחק ס"ל שמכח הודעת ב"ד על פסק דינן אתינן עלה, ובדיינים אין ריעותא דמפי כתבם.

הטעם שמעשה ב"ד אינו נפסל אף שזו עדות מפי כתבם של הדיינים

הרשב"ם במסכת ב"ב באר טעם חדש בהלכה זו וכתב דמעשה ב"ד מועיל מפני שהפקר ב"ד הפקר.

בסוגיא בדף מ. נאמר בגמרא - "קנין בפני שנים ואינו צריך לומר כתובו", והקשה רבא - "האי קנין היכי דמי אי כמעשה ב"ד ליבעי תלתא, אי לא כמעשה ב"ד אמאי אינו צריך לומר כתובו".

בסברת רבא דאם כמעשה ב"ד אינו צ"ל כתובו, כתב הרשב"ם - "אע"ג דחוב הוא למקנה לכתוב שטר וליפות זכותו של קונה, אפ"ה כותבין העדים בלא רשותו כדין כל מעשה ב"ד שכח ב"ד יפה והפקירן הפקר לכתוב כל הנעשה בפניהן, וא"כ ליבעי שלשה כקיום שטרות".

ונראה לסייע לרשב"ם מהסוגיא בב"ב דף קעא. גבי מי שפרע מקצת חובו דקיי"ל שבי"ד מקרעין השטר וכותבין לו שטר אחר מוזמן ראשון, אבל עדים אינם יכולים לכתוב שטר חדש. ומבואר בגמ' הטעם - "בשלמא בי דינא אלימי לאפקועי ממונא, אלא עדים שעשו שליחותן חוזרין ועושין שליחותן". ומפרש הרשב"ם - "בי"ד אלימי ומפקעי ממונא דהפקר ב"ד הפקר כדנפקא לן מאלה הנחלות" (גיטין דף לו.). וכ"כ התוס' שם דף קסח. (ד"ה ובא), בטעם דמי שנמחק שטר חובו שיכולים ב"ד לכתוב לו שטר חדש. (וע"ע במסכת סנהדרין דף כט: ד"ה שלשה, ובחידושי המהר"ם שיק עמ"ס סנהדרין שם.), הרי שבי"ד כותבים שטר שעדים אינן יכולין לכתבו, ובבי"ד אין ריעותא דמפי כתבם מפני שאלימי ב"ד דאמרינן בהו הפקר ב"ד הפקר.

ונראה שעכ"פ להלכה, סברת הרשב"ם אינה מספיקה. לסברא זו יש מקום רק בדיני ממונות, ואנן קיי"ל שכותבין מעשה ב"ד גם על ראייה לאשה שהתגרשה, והאשה שהוחזקה כאשת איש, מותרת להנשא ע"י מעשה ב"ד, כמבואר לעיל בשם המאירי הריב"ש והתשב"ץ.

אך עדיין עלינו לברר אליבא דהרשב"א והקצות מאי טעמא אין במעשה ב"ד ריעותא דמפי כתבם.

פסוקה בחו"מ סי' מו בב"י ובד"מ ובסמ"ע ס"ק נח בלא חולק, וגם הנתיבות גופיה בחידושים ס"ק לא, הביא להלכה את דינו של הרשב"א שאין צריכין לחתום זה בפני זה.

ג. בעיקר סברת הנתיבות יש לדון, מנין הוציא הנתיבות חידוש זה שכתב שיש גדרי ב"ד לשנים שבאו מכח שלשה. אמנם מצינו ששנים נידונים כבי"ד, כגון בדין ביטול הגט, דבמסכת גיטין דף לב מבואר שאפשר לבטל גט בפני שנים מכיון ששנים נקראים ב"ד ומבארים הרשב"א והר"ן והריב"ש סי' רלב הטעם דמה דבעינן שלשה היינו מכיון שבשנים יש חיסרון שזהו ב"ד שקול ובדבר שאין צורך במשא ומתן ובהכרעה די בשנים, וע"ע בשער משפט סי' כב סק"ג וסי' יח סק"א במה שחדש מכח סברה זו.

לפי זה יתכן לומר יכולים ששנים מהדיינים רשאים לכתוב מעשה ב"ד מכיון שדוקא בשעת קבלת העדות יש צורך בשלשה שהרי צריך לדעת כיצד לקבל עדותם, ויש שיקול דעת בעת קבלת העדות, משא"כ לאחר שכבר קבלו העדים או לאחר שפסקו את הדין, נשארה רק פעולה טכנית של העברת המידע בדרך של כתיבתה בשטר או אמירתה בעל פה, ומכיון שאין בזה ענין המצריך שיקול דעת די בב"ד של שנים, אך עכ"פ לשנים אלו שם בית דין.

נראה שהקצות החושן סובר כדעת הרשב"א. קצות החושן בסי' לו סק"ז דן האם ההלכה שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדות כלם בטלה נאמרה רק בעדים או אף בדיינים, כגון שישבו חמישה דיינים ונמצא אחד פסול, האם בטל דינם.

ומסקנת הקצות שבדיינים לא נאמרה הלכה זו שכלם מתבטלים מכח אחד שנמצא פסול. וכתב - "אבל הנפק דהוי נמי תורת עדים עלייהו שמעידין שנתקיים השטר, וכן כיוצא ב"גון שקבלו עדות ונותנים על זה גביית עדות שנתקבלה עדות זו בפניהם, א"כ יש עלייהו תורת עדים נמי, דהא לא ידעינן שנתקבלה העדות או שנתקיים השטר כי אם על פי הדיינים, א"כ כשיש עמהם פסול נתבטל כל הענין. אבל היכא דיושבין על משפט לעשות איזה דין, לא שייך דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול" עכ"ל קצות החושן.

הרי מפורש בדבריו שבבחימה על מעשה ב"ד הדיינים עושים מעשה של העדאת עדות.

ומה"ט נראה שהנתיבות יחלוק על דין זה של הקצות, וכן הקצות יחלוק על שני החידושי דינים הנ"ל של הנתיבות.

לעומת זאת, נראה שהג"ר יצחק אלחנן מקובנא בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' מח נקט כשיטת התוס' ר"ד והנתיבות. עיי"ש בסק"ז ובסק"ט שכתב שבדיינים לא אמרינן תרי כמאה כגון בשלשה דיינים המכחישים שני עדים, אף דבעדים בכה"ג אמרינן שהם שקולין דתרי כמאה, דיינים עדיפי, ובתוך הראיות שכתב לדין זה, הוסיף - "דהא חזינן דכח ב"ד יפה מן עדים אף במה דמעידין על גוף המעשה איך היה, וכדמצינו גבי ב"ד בש"ך סי' לט סק"ל דלא שייך בהו לדון

לומר שזה יוכל להחשב כחתימה על המעב"ד מדעתו. בגט המעושה בישראל כדין כתב הרמב"ם בפ"ב מגירושין ה"כ דנחשב כרצון מהאי טעמא, אך בתנאי שכפוחו לומר רוצה אני, משא"כ הכא דעסקינן אף בכה"ג שכפוחו לדין אף בלא שאמר רוצה אני. ועוד שעיקר דינו בגט אשה דבעינן דעתה אינו ברור, וכמו שתמה החזו"א בחלק אה"ע סי' קא ס"ק טו, עיי"ש.

ג. משיטת החת"ס עולה שגם שני דיינים יכולים לכתוב מעב"ד, כגון שנים שדנו את האדם, בין מדעתו כגון בקבלום או בעל כרחו כגון כשאחד מהם או שניהם מומחים, יכולים לכתוב מעשה בי"ד לאחר שפסקו את הדין. ואלו בנתיבות המשפט סי' ג' סק"ג מפורש להיפך וז"ל - "וגם אין בי"ד אחר יכול לדון מתוך אותו כתב שכתב היחיד מומחה או השנים, שהודו או שהעדו הגידו לפנייהם, כיון שאין עליהם דין בי"ד הוי מפיהם ולא מפי כתבם כיון שנכתב שלא בציווי המתחייב ודין עדים עלייהו רק שדינן דין".

(ואמנם הנתיבות כתב הדברים לשיטתו דכל שלא באו מבי"ד של שלשה ואין עליהם תורת בי"ד אין יכולים לכתוב מעב"ד).

במקום אחר כתב החת"ס טעם שונה בביאור טיבו של שטר מעשה בי"ד.

בחלק אה"ע ח"א סי' צד באר החת"ס שגדרי עדות נאמר במקום שלא ברור לבי"ד שאכן הדבר כפי שהעדים מעידים, אלא שגורת הכתוב לקבל שני עדים כשרים, וכמ"ש הרמב"ם בסוף פ"ז מהלכות יסודי התורה. אבל דבר המבורר ממש לבי"ד כאילו ראוהו איננו בגדר עדות כלל, ולכן כשערכאות של נכרים מודיעים שפלוגי מת מתירים את אשתו.

והוסיף החת"ס - "פסק בי"ד חתום משלשה דיינים הבא לפני בי"ד אחר אין בו משום מפיהם ולא מפי כתבם דבעדים כתיב על פי, אבל בבי"ד כתיב אשר ירשיעון אלקים ואפילו מפי כתבם, וטעמא רבא לחלק, דבעדים מגורת הכתוב מהימני, והוא ית"ש גזר מפיהם ולא מפי כתבם אבל בית דינא אשר ישבו כסאות למשפט לא גרע מערכאות של נכרים דבטבע מהימני, א"כ אפילו מפי כתבם נמי"

יש מקום להעיר על החת"ס סופר - לכאורה קשה על דבריו מראיית החת"ס גופיה בסי' קג מהסוגיא בקידושין דף עד ומהשו"ע ססי' כג ועי"ש בסמ"ע בש"ך ובאמרי ברוך דמבואר שכח הראיה שבמעשה בי"ד שזה לכח עדות שני עדים.

שיטת החזו"א בטעם הכשרו של מעשה בי"ד

החזו"א בחלק אה"ע סי' קא ס"ק כא כתב שני ביאורים מדוע אין ריעותא של "מפי כתבם" במעשה בי"ד. בביאורו הראשון נקט החזו"א שדיינים הם גדר אחר מעדים, אך בהמשך דבריו דחה סברה זו והעלה שכח מעשה בית דין כשטר שחתומים עליו עדים, וכשם שאין ריעותא של מפי כתבם בשטר ה"ה בשטר מעב"ד. ולפי הביאור שחידש

דעת החת"ס סופר בטעם הכשרו של מעשה בי"ד

מצינו בחת"ס סופר שדן בשאלה מדוע אפשר לכתוב מעשה בי"ד.

החת"ס בשני מקומות כתב שני טעמים שונים. וקיים הבדל יסודי בין שני הטעמים. במקום אחד נקט כתוס' רי"ד והנתיבות ובמקום שני נקט כרשב"א והקצות, למרות שבשני המקומות לא רמז לדברי אחד מהם.

החת"ס בחלק אה"ע סי' קג הקשה על עיקר הדין שכותבים גט אשה בלא דעתה (לדינא דגמרא שאשה מתגרשת בעל כרחה), הרי כל שטר צריך שיכתב מדעת המתחייב. ותריך החת"ס שכל אשה משעבדת את עצמה בשעת הקידושין שאם ירצה יכתוב לה גט וממילא הוי כנכתב מדעתה. ולפי"ז חידש החת"ס שבזה"ז שא"א לגרשה בע"כ אינה משעבדת עצמה לכך, ואם יגרשה בע"כ הגט פסול ובטל מהתורה מכיון שחסרה דעת המתחייב והו"ל מפי כתבם.

והוסיף החת"ס - "ובזה זכיתי להבין מה שצ"ע מה מועיל כל פסק בי"ד או קיום הנפק והלא אין לדיין אלא מה שיכול לומר פלוני אתה חייב וזכאי וכה"ג, וזולת זה אינם אלא עדים שהם מעידים בפיהם או בכתבם שככה יוצא פלוני וזכאי או חייב בדיינים או כך וכך חקרנו עדים פלוני ופלוני". דהיינו החת"ס נקט כרשב"א והקצות ולכן הקשה הטעם במועיל מעשה בי"ד.

החת"ס הוכיח כסברתו שהדיינים בכתיבתם הם עדים, מהסוגיא בקידושין דף עד גבי נאמן דיין לומר, ומהסמ"ע בחו"מ סי' כג דמבואר שהדיינים אינם אלא עדים בעלמא שמעידים כך דנו או חקרנו העדים.

ומבאר החת"ס - "ולפי הנ"ל אתי שפיר, דכל בעל שטר מעיקרא משעת כתיבת השטר שיעבד נפשיה אדעתה דהכי שיכתב עליו הנפק, ואע"ג דאח"כ צווח ככרוכיא לא תכתבו הנפק מ"מ מכיון שקבלו בבי"ד עדי הקיום ונתברר שהשטר אינו מזויף ונתברר לנו שהלזה ציוה לכתבו ובכלל זה נמי שהרשה אז לכתוב עליו הנפק ממילא הו"ל כנעשה ברצון המתחייב ואע"ג דעכשיו צווח מידי דהוי אגט אשה, כנ"ל.

וכן י"ל נמי בכל פס"ד כיון שבא לפנינו לדין אפילו דיין הדין בכפייה ברשות התורה הו"ל כרצון שניהם, ואע"ג דבכתיבת הפס"ד אינו מתרצה מ"מ יש לו דין שטר".

הרי שלשיטת החת"ס סופר הדיינים בחתימתן על המעב"ד עושים מעשה של עדים בלבד, דהיינו עדות על פסק הדין, ואפ"ה אין ריעותא דמפי כתבם מפני שיש לדון אותם כחותמים על השטר מעב"ד מדעת המתחייב, וכעין זה בתשובת חת"ס חח"מ (השמטות) סי' קצט.

יש מקום להעיר על דברי החת"ס -

- א. בחי' הרשב"א עמ"ס בבא מציעא דף טו. (ד"ה כשעמד) כתב - "שטר בית דין אע"פ שנעשה שלא מדעת המחוייב, כשטר דמיא", דברים אלו אינם מתיישבים עם דברי החת"ס.
- ב. החידוש שכתב החת"ס שגם אם מלכתחילה כפו את האדם לבוא לבי"ד כותבים עליו מעשה בי"ד, צ"ע אם ניתן

בכתב ופסול, ומה שהוזכר דעת המתחייב בלשון הפוסקים היינו שזה שמשמש בשטר לזכותו חשוב כנגדו מתחייב". עכ"ל.

ולכן גם בנידון דין מכיון שבי"ד פוסקים את הדין ונאמנים עליו, הם בעלי המעשה ויכולים לכתוב ולחתום על המעשה בי"ד, ונחשב כשטר שנכתב מדעת המתחייב.

בספר חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם בהלכות אישות פ"ג הלכה יח כתב קרוב לסברת החזו"א, וז"ל - "בכל שטרות לא בעינן דעת המתחייב רק דעת מי שעושה את השטר, ובכל שטרות המקנה הוא שעושה את השטר, ומשום הכי תלוי בדעתו". וכ"כ בספר קובץ שעורים עמ"ס ב"ב סי' תריט ועמ"ס קידושין סי' פ' וע"ע בספר ישועות ישראל סי' כח (עי"מ סק"י) שכתב כעין סברת החזו"א.

טעם נוסף בביאור הכשרו של מעב"ד

יש מקום לבאר טעם אחר מדוע אין במעשה בי"ד ריעותא דמפי כתבם, דאף דמוכח מהסוגיא בכתובות כב. שהדיינים משמשים כעדים על הפסק דין י"ל שאפ"ה אין כאן ריעותא.

יש לחקור האם הדין דמפי כתבם פסול, זוהי הלכה בהלכות עדות הקובעת שעדות כזו נפסלת ודינה כעדות של עד פסול. או זוהי הלכה בהלכות דיינים, שהדיינים אינם יכולים לקבל עדות בכתב.

ונ"מ במי שקבל עליו עד קרוב או פסול, ולא קבל פסול בדיינים, דאם הוי כעד פסול מועילה קבלתו.

ונראה שהחסרון הוא בדרך קבלת העדות וחקירתה ע"י בי"ד כמו שעולה ממש"כ בנתיבות סי' כח סק"ז - "במקום דלא בעי הגדה בבי"ד גם מפייהם לא בעינן וכשר מפי כתבם".

ולכן בשטר רגיל שאין צורך בבי"ד לשם קבלת העדות שבשטר מכשירים מפי כתבם, וא"כ י"ל דה"ה בדיינים המעידים, דאמנם בשעת חתימתם על השטר הם משמשים כעדים ולא כדיינים, אך מכיון שאותם דיינים שפסקו, הם בעצמם מעידים ומודיעים בעדותן את פסק דינם, עדות כזו שכל מהותה היא העברת המידע אודות פסק הדין, אינה צריכה בי"ד וסדרי קבלת עדות לשם קבלת המידע, אלא היא כידיעה שנכתבה בשטר וכשר בלא קבלת העדות בבי"ד, ולכן יכולים לחתום זה שלא בפני זה. אך צריכים להיות כשרים כעדים, מכיון שהם מעידים על פסק דינם אלא שאין ריעותא דמפי כתבם.

ויתכן שזו כוונת התוספות רי"ד במסכת ב"ב דף קסח שכתב "דדוקא בעדים נאמר על פי שנים עדים ולא מפי כתבם ולא בדיינים". (ולפי"ז, אין סיוע מדברי התוס' רי"ד לנתיבות הסובר שבחתימתן הם משמשים כדיינים). וכן נראה בכוונת הגאון מקוטנא בספרו ישועות ישראל סי' לט סק"ז שכתב בתוך דבריו "ולא שייך כלל האי דמפי כתבם שאינו אלא בעדים ולא בבית דין שאין צריך חקירה בפני בית דין".

החזו"א בהבנת המושג "דעת המתחייב" העלה ששטר מעב"ד יחשב כשטר הנכתב מדעת המתחייב.

בתחילה כתב החזו"א - "ענין מעשה בי"ד דלא חשיב מפי כתבם, היינו משום דבי"ד אינם צריכים העדאה, אלא הכל עושין על פיהן כל שידענו צואתן בכל אופני הידיעה שהן הלכך מהני כתבן".

ונראה שדבריו בנויים על מש"כ שם בס"ק יח שעדים שהודיעו ידיעה כלשהיא מחוץ לבי"ד אין שומעין להם עד שיעידו ותתקבל עדותן בבי"ד, משא"כ בי"ד שפסקו חייבים לציית לפסק דינם. "וטעמא דבי"ד הוא דהוזהרנו לעשות על פי שלשה שנשלמו בתנאי בי"ד ככל אשר יורונו".

ובס"ק מג הוסיף בענין זה, וז"ל - "נראה שאין דין בי"ד לענין שיהיו רשאים לעשות דין אלא אם יש להם דין בי"ד ג"כ לענין שכל העם חייבים לשמוע להן ולהאמין להם להחזיק בידים בכל מעשיהם".

דהיינו פסק בי"ד נידון כהוראה לציבור או לפרטים, ולכן ה"ה שבהעברת הוראה זו אין גדרי מסירת עדות, ולכן מועיל אף בכתב.

החזו"א (בס"ק כא) הקשה על דבריו -

א - "אבל קשה דכשאין יודעין כלל בעיר הנשלח לשם שהם בי"ד מאי איכא למימר", וכוונתו, דבכה"ג אין חובת ציות להוראה של שלשה שאינם מוכרים, ואפ"ה מועיל מעשה בי"ד גם בעיר אחרת שאין החתומים מוכרים.

ב - "ועוד, הרי כשחתמו תרי מגו תלתא מהני וכמבואר בכתובות כב. לענין קיום שטרות, וכן בגט מהני כמ"ש פת"ש סי' קמב סק"ז בשם רדב"ז ואיך מהני הלא אף אי אתו קמן אין שומעין להן עד שיעידו בפני בי"ד".

כלומר, החזו"א פשיטא ליה דלא כסברת הנתיבות, אלא דעתו שלשנים מתוך שלשה אין גדרי בי"ד ולכן תמה כיצד תועיל חתימת השנים.

מסקנת החזו"א - "לכן נראה דכל שטר בי"ד יש לו גם דין שטר והלכך שנים שחותמין על פי בי"ד חשיב שטר ככל שטר שנכתב מדעת המתחייב וכשחתמו שנים הרי הן כעדים שנחקרה עדותן בבי"ד שמעידים שנעשה כך וכך בפני בי"ד".

לכאורה דבריו אינם ברורים כיצד נחשב המעשה בי"ד כשטר שנעשה מדעת המתחייב.

אך הדברים מבוארים היטב בהתאם למש"כ החזו"א שם ס"ק טו דרך חדשה בהבנת המושג דעת המתחייב, וז"ל - "כל שנעשה מדעת מי שהוא נאמן על הדבר חשוב שטר, דכיון שנמצא השטר אח"כ ביד מי שמשמש בו לראיה, הרי הוא עד על אמירת בעל השטר על עצם הדבר, והיינו טעמא דשטר חוב ביד המלוה דחשיב כהודאת הלוה, וכן בשטר ביד הלוקח חשיב הודאת המוכר, והיינו נמי טעמא דגט דחשיב אמירת בעל גרשתי כיון שאין העדים חותמין אלא לבעל והשתא הגט ביד האשה, וזהו עיקר ענין השטרות, ולאפוקי עדים שראו הגירושין וכתבו לה לראיה שאין זה שטר שהרי אין השטר הזה בא לידיה מדעת הבעל ואין זה רק עדות

ובכה"ג לא נאמרו הדינים המיוחדים לעדות. החזו"א באר, שהדיינים בחתימתן משמשים גם כעדים וגם כדיינים, כשהם מוכרים וידועים כדיינים וחתמו במוטב תלתא כשר מכח הוראת בי"ד. ואף כשאינם מוכרים וידועים עכ"פ משמשים כעדים ואין ריעותא דמפי כתבם, והיינו עפ"י הגדרת דעת המתחייב וביאור הפסול במפי כתבם שבאר החזו"א, אולם ככה"ג צריך להיות כשר בגדרי שטר וצריך שיכתבו זמן.

בסיום הדברים העלנו אפשרות שאמנם בחתימתן הם מעידים על פסק דינם אך מכיון שזוהי עדות של דיינים על פסק דינם שכבר נחקר ונדרש כדין ורק צריך להודיע לרבים מה פסקו, עדות כזו אינה צריכה קבלת עדות בבי"ד, וממילא אין ריעותא דמפי כתבם.

האם ניתן להחתים את עידי הגט על המעשה בי"ד

בשאלה זו האם עידי הגט יכולים לחתום על המעב"ד דנו כמה מרבתינו הראשונים, הר"ן הריב"ש התשב"ץ והרשב"ש.

עיקר הדיון נסוב על שתי שאלות -

א. האם יש לפסול מעב"ד זה מפני שאין עד נעשה דיין, ויש לדון בעד הרואה עדות ואינו מעיד עליה בבי"ד אם נעשה דיין, שהרי כאן עידי הגט חתמו על הגט וכן ראו עדות מתוך כוונה להיות עידי מסירה.

ב. אף את"ל שאין לחוש משום אין עד נעשה דיין והרי לפנינו שלשה דיינים שראו מעשה, עדיין יש לדון האם יכולים לכתוב מעב"ד בלא שנאמרה לפנייהם הגדת עדות, האם אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראיה כמבואר במסכת ראש השנה (דף כה:): ששלשה דיינים שראו את הלבנה ביום יכולים לקדש את החדש על פי ראייתם, או י"ל דשאני קדוש החדש שאינו צריך הגדה משא"כ בדיני ממונות וכו' דבעינן הגדה וליכא. ושני דרכים אלו נמצאות בחי' הרמב"ן עמ"ס כתובות דף כא:.

בסוגיא שם נאמר - "דיינין המכירין חתימת ידי עדים אינן צריכין להעיד בפניהם", רב אשי חולק וס"ל דבעינן הגדת עדות לפנייהם, ולא סגי בכך שהם יודעים ומכירין בעצמם. להלכה לא קי"ל כרב אשי. וכתב בחי' הרמב"ן - "אפשר דכי לא קי"ל כרב אשי, ה"מ בקיום שטרות, אבל בשאר כל מילי הגדה בעינן, כי האי לישנא דאמרינן בפרק החובל דלא מוקמינן כשראוהו בלילה, אלא אפילו ראו ביום אין עד הרואה נעשה דיין אלא בהגדת אחרים. ומיהו מסתברא שלא נשתנה כאן קיום שטרות אלא בעד נעשה דיין אבל לא בהגדה, מאחר מאחר שלא פירשו בגמרא כן".

הראשון שעורר שאלה זו של עד החתום כאחד משלושת החתומים על מעב"ד היה הריב"ש. הריב"ש הפנה שאלה זו לרבו הר"ן, והר"ן העלה להקל, ונבאר את הדעות בזה.

הריב"ש בסי' שפח ובסי' שפט דן להחמיר לכתחילה עפ"י שיטות הראשונים הסוברים שעד הרואה עדות ומתכוין בראייתו לשם עדות אינו נעשה דיין אף שלא העיד בבי"ד

ויתכן שזה הביאור בתשובת תשב"ץ ח"ג סימן טז שהקל שאין צורך בקיום מעשה בית דין ובתוך דבריו כתב בלשון זו - "גט זה שבא מקויים כשר הוא אפילו תאמר שקיום בית דין בשטרות דעלמא צריך קיום. וזה יתבאר ממה שאומר שאם הבית דין חתומים בקיום היו בפנינו ונשתתקו ואינן יכולין לדבר ורמזו לנו שהגט הוא מקויים היינו מכשירין אותו, אע"ג דשאר עדויות דעלמא בעינן מפיהם ולא מפי כתבם, בעדות אשה הקילו משום עגונא, כמו שזכר בפרק מי שאחזו (מסכת גיטין דף עא.). וכיון שאם היו הבית דין בפנינו ונשתתקו ולא יכלו לדבר וכתבו לנו שהיא מגורשת היינו מתירין אותה ולא חששנו למה שאמרה תורה מפיהם ולא מפי כתבם, עכשיו שהם חתומים בו ומן התורה הוא כשר משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין, ורבנן הוא דאצריך משום עגונא נקל להתירו, שאם באיסור תורה דהיינו מפיהם ולא מפי כתבם הקלנו, כ"ש שנקל במה שחייבו חכמים והוא שנצריך קיום על הקיום".

נראה שדברי התשב"ץ מיוסדים על ההנחה ששלושת הדיינים בחתימתם הם מודיעים את פסק דינם, והודעה זו אינה זקוקה לגדרי קבלת עדות, ויכולה להיעשות ברמיזה או בכתב.

סיכום

דעת הרשב"א שהדיינים בחתימתן משמשים כעדים וכן דעת הקצות החשן, לעומת דעת הנתיבות המשפט והגרי"א בספרו עין יצחק שבחתימתן הם עושין מעשה של דיינים היושבים בבית דין.

הנ"מ במחלוקת זו היא -

א. האם בעת חתימתן צריכין לשבת במוטב תלתא או יכולים לחתום זה שלא בפני זה.

ב. האם ניתן להחתים על המעב"ד דיינים הפסולים לעדות, או להפך כשחתמו על המעב"ד שלשה שנפסלו לדון לאחר שפסקו אך כשרים לעדות, או כשחותמין בלילה.

ג. נ"מ נוספת קיימת לדעת הסוברים שאין בדיינים דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלו כלם, אם חתמו יותר משלשה ואחד מהם נמצא קרוב או פסול.

הטעם שבמעשה בי"ד הכתוב בשטר אין ריעותא דמפי כתבם -

לרשב"ם הטעם משום דאמרינן הפקר בי"ד הפקר, אך סברת רשב"ם אינה אלא בדיני ממונות ולא באיסורים.

לדעת הסוברים שהדיינים אינם משמשים כעדים יש לומר שמפי כתבם היא הלכה בעדים ולא בדיינים. אך אם הם פועלים בכתבתם וחתמתן כעדים יש מקום לבאר מה הסברא שיש לסמוך על כתב של דיינים.

החת"ס כתב שני טעמים, או מפני שיש ציווי של המתחייב, או מפני שאין כאן עדות שנאמנותה רק מכח גזרת הכתוב, אלא זו הוכחה גמורה ואומדנא שודאי לא משקרי

מפני ריעותא הנמצא בה חששו לֵה שלא היה כתוב בה במוותב תלתא הוינא ולא חתמו בה אלא שנים וקיי"ל דצריכי למכתב במוותב תלתא כחדא הוינא וחד ליתוהי, אבל שנחוש לסתם בי"ד שמא טעו הא ודאי לא". אבל אם יש מקום לחשש מתוך המעב"ד שהבי"ד אינן מוחזקים לבקיאין בטיב גיטין יש לחוש לכך שהגט לא סודר כהלכתו, ולא דוקא לשמא ראוהו בלילה ושמעב"ד פסול.

הריב"ש קבל את דעת הר"ן, וכפי שעולה מתשובה שהשיב לאחר לאחר מותו של הר"ן, וז"ל הריב"ש סי' תיג - "שהרי כלם ראו המתנה בעיניהם והכירו חתימת העדים ועושים דין עפ"י ראייתן בלא הגדה כלל, כל שלא ראו בלילה שאינה שעת דין, דלא בעינן הגדה בדיני ממונות כמו שהסכים הרמב"ן בפרק ב' דכתובות (כא:;) וכ"כ שם בפשיטות הרב דון קרשקש וידאל ז"ל בחידושו, וכן הרשב"א ז"ל בפרק החובל (דף צ:;) וכן התוס' בפרק ראוהו בי"ד (כה:;) ויש בידי תשובה ממורינו הר"ן ז"ל שהשיב להכשיר מעשה בי"ד של גט שראו שנמסר הגט בפניהם ואמר שיכולין לעשות מעשה בי"ד להתירה על פי ראייתם לפי שרוב המפרשים והגדולים הסכימו דלא בעינן הגדה בדיני ממונות ולא מפליגינן ביניהם לעדות החדש", עכ"ל הריב"ש. הריב"ש לא הוסיף להאריך בדברי הר"ן וכפי הנראה נקט שעיקר דינו של הר"ן להקל בנוי על דעת רוב הראשונים שאם שלשתם ראו המעשה לא בעינן הגדה.

גם התשב"ץ בח"א סי' א' דן בשאלה זו אם עידי הגט יכולים להיות דיינים הכותבים מעשה בי"ד על הגירושין, וז"ל - "וא"ת והיאך אפשר לומר בזה דליהו עדי הגט דיינים, והא קיי"ל דאין עד נעשה דין אלא בדרבנן כגון קיום שטרות, כדאיתא בפ"ק דגטין, הא נמי ליתא דכי אמרינן דאין עד נעשה דין היינו בדבר שהעיד עליו בבית דין, שכיון שהעיד עליו בבית דין מקרי עד ולא אפשר למידן עלה דההיא סהדותא, משום דאין עד נעשה דין, אי נמי כשראה העדות בלילה בשעה שאין ראוי להיות דין, כההיא דריש פרק ראוהו בית דין, אבל במה שראה בשעת שראוי להיות דין ולא העיד בב"ד יכול להיות דין. והא דאמרינן בפרק יש נוחלין ג' שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבים רצו עושים דין שנים כותבים ואין עושים דין. פירוש דכשהן שלשה יכולין לדון ע"פ עדותן, אבל שנים צריכים להעמיד עמהם שלישי ולהעיד לפניו ואין יכולין להיות דיינים. והכי כתבו רבוותא בעדים עצמם אם אין צריכין להגיד עדותן בפני אחר שיכולין להיות דיינים. ואף לדברי הרמב"ן ז"ל שכתב דטעמא דשלשה שנכנסו לבקר את החולה שאם רצו עושים דין. היא דהוי כהודאת בעלי דינים וע"פ הודאתו הם דנין ולא ע"פ עדותן, מההוא טעמא יכולין להיות דיינים שהרי הודו זה לזה שנתגרשה. ואף על גב דבפרק יש נוחלין שקלינן וטרינן בבעל שאמר גרשתי את אשתי הוא בעלמא הוא ורוב המפרשים וגדוליהם מסכימים דבי"ד הרואים יכולים לדון על פי עצמם, אף בנידון זה הדברים נראים שהם יכולים להתירה על פי מעשה הגירושין שראו".

עדות זו. בנוסף לכך, הריב"ש חשש לדברי הרמב"ן במש"כ בתחילת דבריו דבעינן הגדה. ובסי' שפט כתב שמעיקר הדין י"ל כדברי הרמב"ן בסוף דבריו במש"כ "ומיהו מסתברא" וכו', אך לכתחילה יש להחמיר.

וז"ל הריב"ש - "ובאמת כי הנכון שכל שראו שלשתן העדות ביום יכולים לדון עפ"י ראייתן בכל דיני ממונות ולא בעינן הגדה כלל, ודבר שבערוה כדיני ממונות שהרי הוקשו, אלא שלכתחילה ראיתי לחוש לסברת המחמירים, והרשב"א ז"ל נראה ממש"כ בפרק החובל (דף צ:;) ד"ה למימרא) שדעתו שבדיני ממונות אפילו ראו שלשתן אינן מעידין על פי ראייתן, גם רש"י במסכת ראש השנה (דף כה:;) ד"ה ואמאי) שלא נאמר אלא בעדות החדש דלא כתיב בה הגדה אלא כזה ראה וקדש".

הריב"ש העלה חשש נוסף שמא הגט נמסר בלילה בשעה שאינם ראויים לדון ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראה.

בשו"ת הריב"ש סי' שצ נמצאת תשובת הר"ן לריב"ש, והר"ן בתשובתו העלה להקל. הר"ן אינו נכנס להכרעה במחלוקת הראשונים האם עד הרואה נעשה דין ובשאלה אם בעינן הגדה או דאמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראה, אלא מוכיח מהסוגיא בב"ב (קיד.) בשלשה שנכנסו לבקר את החולה) דבכה"ג לכו"ע אין לחוש. וז"ל הר"ן - "לפי דעתי אפילו לדברי המחמירין בכי הא יכולים להיות דיינים, דהא אמרינן בפרק יש נוחלין (דף קיד.) דשלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו עושים דין, ולמאן דס"ל דבדיני ממונות בעינן הגדה הכא על כרחין היינו טעמא דכיון שהבעל דין מוכה בפניהם, מעשה הבעל דין חשוב כהגדה. ואע"ג דבפרק החובל (צ:;) גבי ההוא דתקע ליה לחבריה שקלינן וטרינן אם הרואין נעשים דיינים, שאני התם לפי שהבעל דין לא היה מחייב עצמו בכלום אלא היה עושה מעשה שמחמתו היה חייב, אבל חולה זה שמזכה לאחר בפני הבית דין, הזיכוי עצמו שהוא עושה והקנין שקונין ממנו מקריא הגדה ויכולים הבית דין עצמו לדון עליה, ואע"פ שיש לחלק ולומר דהתם היינו טעמא לפי שבכלל הזיכוי שהוא מזכה יש הודאה מאותו זיכוי עצמו והודאת בעל דין כמאה עדים דמו לפיכך יכולים לדון עליה, אבל בנידון זה אע"פ שיש בכלל מעשה הגירושין הודאת בעל דין, אפ"ה הא אסיקנא (ב"ב קלה.) דבעל שאמר גרשתי את אשתי זיל חוש לה. אעפ"כ כיון דבעל שאמר גרשתי את אשתי חששא בעלמא הוא ורוב המפרשים וגדוליהם מסכימים דבי"ד הרואים יכולים לדון על פי עצמם, אף בנידון זה הדברים נראים שהם יכולים להתירה על פי מעשה הגירושין שראו".

ובנוגע לחשש שמא ראו המסירה בלילה כתב הר"ן - "לפי דעתי בסתם בי"ד אין לחוש לכך שאם באנו לחוש לא לזה בלבד אנו צריכים לחוש אלא לכמה מיני פסול שהן קרובים להזדמן בגט ולא נכשיר שום מעשה בי"ד הבא לפנינו, אלא ודאי לבי"ד טועין לא חיישינן, וההיא אודיתא

להראות פנים שאפילו במקום שצריך ב"ד אין חוששין בזה לעד נעשה דייין ואין כאן מקום להאריך".

דברי הרשב"ש צריכים ביאור במש"כ שאין צריך ב"ד אלא הודעת עדים בלבד, שהרי אין דברי העדים מקבלים תוקף אלא כשנאמרים בב"ד. החזו"א חאה"ע סי' קא ס"ק לב כתב על דברי הרשב"ש (שהובאו בב"י אה"ע סי' קמא), וז"ל - "והדברים צע"ג, שהרי מעב"ד צריך ב"ד, דאם לא כן הו"ל עדות בכתב ואינה עדות כלל, וכי תימא דאין דין עד נעשה דייין אלא כשעושים דין אבל כשאינו אלא לראיה בעלמא אע"ג דהוא בכח ב"ד מ"מ בזה עד נעשה דייין, הרי מבואר בכתובות שם דבקים שטרות יש לפסול עד הנעשה דייין, רק משום דקים שטרות דרבנן, והרי בקיום שטרות אינו אלא לראיה בעלמא". (וע"ע מש"כ בחזו"א שם).

ובסי' רכג כתב הרשב"ש, וז"ל - "עוד שאלת במה שהיית אתה סופר הגט והיית אחד מב"ד בקיומו. תשובה בזה אין בית מיחוש, שאין הדבר אמור אלא אם היית עד לפי שאין עד נעשה דייין בדאורייתא, ואלו היה זה המעשה חובה היה צריך לעיין אם הוא דאורייתא או דרבנן, בדברבנן עד נעשה דייין כדאיתא בכתובות בפרק שני. אבל השטר ב"ד שעושים שהבעל צוה לסופר לכתוב ולעדים לחתום ושנעשה כתיקון חז"ל והבעל מסרו בידה ושהבי"ד התירוה לינשא, כל זה אינו נעשה אלא לרווחא דמילתא, אבל בלא זה יכולה היא לינשא, לפיכך אין בזה עד נעשה דייין. וכ"כ א"א הרשב"ץ לחכמי איטליא".

לכאורה נראה, שהרשב"ש הסתמך על מש"כ אביו הרשב"ץ בתשובה ח"א סי' א' שהובאה לעיל, שבה כתב הרשב"ץ - "אף על גב דבפרק יש נוחלין שקלינן וטרינן בבעל שאמר גרשתי את אשתי אם נאמן הואיל ובידו לגרשה אי לא. וכתב הרשב"ם ז"ל שאינו נאמן כלל. היינו היכא שאין הגט יוצא מתחת ידה, אבל בגט יוצא מתחת ידה כנדרן הזה דנין על פי טענותיהם, שהיא טוענת נתגרשתי בגט זה והוא מודה לה דודאי נאמנין. וכיון שכן עדי מסירה אלו שבאו להתיר אשה זו במה שראו או במה שהודו בפניהם יכולין להיות הם עצמם דיינים ומעשיהם הוא מעשה בית דין".

אך אינו מובן מש"כ הרשב"ש "כל זה אינו נעשה אלא לרווחא דמילתא, אבל בלא זה יכולה היא לינשא, לפיכך אין בזה עד נעשה דייין". שהרי לאחר שיקרעו הגט וישאר בידה רק מעב"ד הרי המעב"ד אינו רק לרווחא דמילתא וכמ"ש התשב"ץ בתשובה ח"א סי' כו שהובאה לעיל.

וע"ע בשו"ת רב פעלים ח"ב אה"ע סי' יט.

להלכה - הבי"ב באה"ע סוף סי' קמא הביא את תשובת הר"ן שברבי"ש סי' שצ ותשובת הרשב"ש סי' רסו, וכן הבי"ש ס"ק מג כתב - "כתב הריב"ש סי' שצ העדים שנמסר הגט בפניהם יכולים להיות דיינים ולא אמרינן בכה"ג אין עד נעשה דייין". וכן הובאו דברי התשב"ץ ח"א סי' א והריב"ש בספר נתיבות המשפט סוף סי' לו.

הזה דנין על פי טענותיהם, שהיא טוענת נתגרשתי בגט זה והוא מודה לה דודאי נאמנין. וכיון שכן עדי מסירה אלו שבאו להתיר אשה זו במה שראו או במה שהודו בפניהם יכולין להיות הם עצמם דיינים ומעשיהם הוא מעשה בית דין. ובודאי אם באו להתיר כשנמסר בפני אחרים, והוציאה גט מתחת ידה והם חתומים בו, והבעל מערער והם רוצים להתיר בעדי חתימה, לא יכלי למהוי דייני, משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין והוו להו עדים ואין עד נעשה דייין. אבל השתא שע"פ ראייתם מסירת הגט הם מתירין אותה, או ע"פ הודאתו של בעל ואשתו כדעת הרמב"ן ז"ל שכתבתי, וגם לא הוצרכו להעיד לפני השלישי שנצטרף שגם הוא היה עמהם, שפיר דמי למעבד הכי ודייני הוו". עכ"ל התשב"ץ.

יש לציין שבעיקרי הדברים התשב"ץ נקט כסברת הר"ן, והוסיף סברא להכשיר אף למ"ד שרק בעדות החדש לא בעינן הגדה אבל בדיני ממונות וכו' בעינן הגדה ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראיה, מ"מ כשבעלי הדין נאמנים על המעשה כגון על הגירושין בכה"ג עדיף טפי, סברא זו מפורשת בחי' הרמב"ן עמ"ס ב"ב דף קיג. הר"ן הקשה מכח מסקנת הסוגיא שבעל האומר גרשתי את אשתי דחיישינן להחמיר שאינו נאמן, ולא ישב הקושיא אלא צרף דעת הסוברים שאין צורך בהגדה. אך התשב"ץ כתב שאין מקום לקושיא, דבכה"ג שהגט יוצא מתחת ידה, והבעל והאשה מעידים על הגירושין לכו"ע נאמנים, וממילא דמיא לשלשה שנכנסו לבקר את החולה שאם רצו עושים דין לכו"ע.

הרשב"ש דן בשאלה זו בשני מקומות. בסי' רסו הזכיר הרשב"ש את דברי הריב"ש בשאלתו לר"ן, אך הרשב"ש לא ראה את תשובת הר"ן. וז"ל הרשב"ש - "עוד ראיתי שאחד מן הגדולים ז"ל נסתפק בגט כזה שכתבו הבית דין שנמסר ביד שליח האשה שמא העדים עצמם שחתמו בגט צרפו שלישי עמהם במעשה הבית דין, וחשש לזה מהא דאמרינן דאין עד נעשה דייין בדאורייתא, ושאל את פי הרב רבי נסים בן ראובן ז"ל שיעמדנו על נכון ולא זכינו לתשובת רבינו ז"ל בזה. אבל לענ"ד נראה שלא שייך הכא אין עד נעשה דייין לפי שבמעשה הזה אין צריך בית דין, ולא אמרינן הכי אלא בקדוש החדש משום דצריך ב"ד, ועלה אמרינן בפ"ב דכתובות ובפ"ב דראש השנה דאין עד נעשה דייין, או כגון בסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דאמרינן בפרק החובל דאין עד נעשה דייין, דבדיני נפשות צריך ב"ד. אבל בנידון הזה אין צריך ב"ד כלל אלא הודעת עדים שקבל, וכדאמרינן בפרק התקבל האשה שאמרה התקבל לי גטי צריכה שתי כתי עדים שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קבל וקרע וכו', אלמא לא צריכין לבי"ד, וכל שאין צריך לבי"ד לא חיישינן לעד נעשה דייין. ואחר שעלה זה בדעתי בקשתי אם אמצא לי רב בדבר, ומצאתי לא"א מורי התשב"ץ ז"ל שכתב כך בתשובה בספר, ועוד האריך

לבד, אלא צריך שיהיו שלשה וגם יושלמו בתנאי בי"ד, דהיינו שיהיה בהם אחד גמיר כדאיתא בשו"ע חו"מ סי' יג ס"א בהגה, וגם השנים נראה דצריך שיבינו שכן הוא דין התורה בענין שעושיין על פי שהגמיר יסבירים, ובקבלת עדות צריך שידעו דיני קבלת העדות ודין היוצא מעדותם, דאל"כ לא שייך למקרי בי"ד. וכן צריך שיהיו בהם המדות שמנו חכמים בשו"ע חו"מ סי' ז' ס"א ואלו הן בעלי חכמה ענוה יראה שנאת ממון אהבת האמת אהבת הבריות ובעלי שם טוב, ונראה דכשם דחכמה סגי דיעבד דמסברו להו וסברי קצת, ה"ה בשאר דברים לפי הערך, אבל אם ידועים לגנאי משאר בני אדם באחת מאלו נראה דפסולין דיעבד. הילכך באו ג' אנשים שאין אנו מכירין אותן ואומרים שפלונית התגרשה בפניהם, אין עושיין על פיהן עד שנדע שיש בהן גמיר והשנים ג"כ ראויין להצטרף, ואז עושיין על פיהן וא"צ להעיד בפני בי"ד, ואם העידו בפני בי"ד אף שאין בהן תנאי בי"ד שומעין עדותן. וטעמא דבי"ד הוא דהוזהרנו לעשות על פי שלשה שנשלמו בתנאי בי"ד ככל אשר יורונו. ובס"ק מג הוסיף החזו"א - "וטעמא דמלתא נראה שאין דין בי"ד לענין שיהיו רשאים לעשות דין, אלא אם יש להם דין בי"ד ג"כ לענין שכל העם חייבים לשמוע להן ולהאמין בידם בכל מעשיהם, וזה לא יתכן שיהיו העם מצווין לשמוע לשלשה אנשים שאין מכירין אותן ומעשיהן ולעשות על פיהם, ואף אם יתברר להם דאיכא אחד דגמיר קצת מ"מ אי אפשר לעשות על פיהם, והילכך נראה שצריך שיוחזקו במדות שמנו בדיינים ורק אז נאמנים אף להתיר אשה לומר נתגרשה בפנינו ואף מפי כתבם".

אמנם מפשטות דברי הנודע ביהודה מבואר שאינו סובר כמ"ש החזו"א. וכן במהרי"ט ח"א סי' קכו שהבאנו לעיל מבואר שלא כשיטת החזו"א.

ובעיקר דינו של הנודע ביהודה כתב בספר תהילה לרוד על אה"ע (סי' נד) בחי' על אה"ע סי' קמב, וז"ל - "הדבר צע"ג לדעתי, דלכאורה נראה כיון שכתבו בלשון עדים הו"ל עדים ואין עד המעיד נעשה דיין כמבואר בחו"מ סי' ז', וכן מבואר דעת רשב"ם בב"ב דף קיג ע"ב על הא דג' שנכנסו לבקר את החולה דרצו עושיין דין, כתב רשב"ם ז"ל רצו עושיין דין אם לא כתבו שוב אין עושיין דין שהרי הכניסו עצמם בתורת עדות ואין עד נעשה דיין עכ"ל וכפי הנראה אף התוס' בשם ר"י שם לא נחלקו על הרשב"ם ז"ל אלא בנתכוונו להעיד, אבל בכתבו בתורת עדות גם הם מודים דהו"ל עדים המעידים ואינם נעשים דיינים ... ובשו"ת הריב"ש ז"ל סי' שפב נסתפק בקיום שכתבו אנחנו סהדי שאפשר להכשירן מב' טעמים, חדא דאפשר דהם עצמן הכירו חתימת העדים והו"ל עדים המעידים ודיינים בבת אחת. ובקיום עדים המעידים נעשים דיינים. והשנית אף דהוי מפי כתבם בקיום כשר מפי כתבם ע"ש. הרי מבואר דוקא בקיום דשייכי הני טעמי הוא דאסתפק הריב"ש ז"ל, אבל כל היכא דאין עד המעיד נעשה דיין פשיטא דהוי מפי כתבם אף בחתמו תלתא. וגם בקיום שכתב הרמ"א

החזו"א אה"ע סי' קא ס"ק לב העלה ששלשה דיינים שראו ביום את מסירת הגט יכולים להעשות בי"ד ולכתוב מעשה בי"ד אף שהם עדי חתימה ומסירה, ואם לא כל השלשה ראו את המסירה ושנים מעדי המסירה מעידים לפני שלשתן וחלק מהשלשה היו גם הם עדי מסירה, תלוי בפלוגתת הראשונים אם עד הרואה ומתכוין לשם עדות נעשה דיין.

מי ראוי לחתום במעב"ד

יש לדון האם רשאים לחתום על מעב"ד רק שלשה דיינים הבקיאין בטיב גיטין או שניתן לצרף הדיוטות לחתימה זו.

בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' א' הכשיר התשב"ץ מעשה בי"ד שרק אחד מהחתומים עליו היה בקיא בטיב גיטין, וז"ל התשב"ץ - "ומשום דאמרינן בפרק קמא דקדושין וכל שאינו יודע בטיב גיטין וקדושין לא יהיה לו עסק בהן, כלומר למהוי דיין, משום הכי צרפו עמהם הר' יצחק בר מתתיה היודע בטיבן ובקי בהן והוא הממונה עליו ליתן בכשרות, ובהכי סגי כדמוכח בסנהדרין ובבכורות שכל שהוא בקי יכולים לצרף עמו שנים ואפילו לכתחלה, וכ"ש לאחר שנעשה המעשה בפניהם, וא"צ להאריך בזה".

ובנודע ביהודה מהדו"ק אה"ע סי' נח (הובא בפת"ש אה"ע סי' מב ס"ק יז) כתב בשטר ראייה על קידושין שחתמו עליו שלשה עדים, וז"ל - "ועלה בדעתי כיון שחתומים בו שלשה ושלשתן היו אצל הקידושין נעשים בי"ד ולא תהא שמיעה גדולה מראיה, ובי"ד ודאי שיכולים לכתוב בלי שאלת הבעלי דברים" והוסיף הנודע ביהודה דאף שמבואר במסכת סנהדרין דף כט: דבעינן ריצוי בעלי דינין היינו בממון "אבל במילתא דאיסורא תיכף שהיו שלשה נעשו דיינים ולא שייך בזה ריצוי מבעלי הדין".

מבואר מדברי הנודע ביהודה שלא התנה שהעדים או לפחות אחד מהם יהיה בקיא בטיב קידושין, משמע דס"ל דלענין זה סגי בשלשה הדיוטות, ועיין בהערות השואל ומשיב על הנוב"י שציין לעיין בתשובת המהרי"ט ח"א סי' קכו שכתב שכל שלשה הדיוטות יש להם דין בי"ד ודינן את האדם בע"כ, וכתב מהרי"ט שמש"כ הטור חו"מ סי' ג' בשם הרמ"ה שבעינן שלשה גמירי, היינו רק לענין למנותן לכתחילה במינוי קבוע, וכמו שהזכיר הרמב"ם ז' מידות בדיינים דהיינו לענין שאין ממנים לכתחילה מי שאין בהם ממידות אלו, אבל לענין דינא סתם שלשה כשרים לרדן בדיני ממונות וכופין את האדם בע"כ.

ועיין בחזו"א אה"ע סי' קא ס"ק כא שהביא את דברי הנודע ביהודה, וכתב על דבריו - "אין זה כלל דשלשה הן בי"ד, דצריך כל התנאים שהוזכרו שם, ואפשר שצריך שיהיה אחד יודע בטיב קידושין, גם צריך כוונת ועד לשם בי"ד כיון שאינן במקום בי"ד". ובדבריו בס"ק יח האריך לבאר, וז"ל - "ענין חילוק בי"ד מעדים אינו במספר האנשים

פני יהושע חלק אה"ע סי' סו (שציין בספר תהילה לדוד שהובא לעיל) שכתב לדון ריעותא דמפי כתבם בשטר עדות שעליו חתומים ארבעה עדים, ומעיון באותה תשובה עולה דהתם העדים ודאי לא יכלו להיות דיינים באותו נידון, אלא רק העבירו את עדותם לבית דין, ועל כן ודאי לא היה מקום לדונם כדיינים. אך דברי הנודע ביהודה יתכנו במקום שאותם שלשה עדים ראו את כל המעשה ועליו יכולים לפסוק על פי ראייתם.

לכאורה יש להעיר על הבית אפרים, מתשובת הר"ף שהביאה בעל העיטור והובאה בנימוקי יוסף במסכת בבא קמא פרק עשירי (דף לט:), שאפשר לשלשה לקבל עדות ולכתוב את תוכן העדות בשטר קבלת עדות, ולשלוח את השטר לבית דין אחר שיקבלו את העדות לצורך דין תורה המתקיים בפני אותו בית דין. וכן הוזכר שטר קבלת עדות בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קיד, ובשו"ע חו"מ סי' כח סעיף כא-כב. לכאורה קשה, שהרי השלושה שקבלו את העדות לא פסקו דבר אלא רק העבירו לבית הדין השני את תוכן העדות שנאמר בפניהם, ומדוע אין כאן ריעותא דמפי כתבם.

ומצינו פתרון לשאלה זו בחתם סופר. החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' קי כתב בענין קידושין שנעשו על תנאי כדי שלא תיפול לפני יבם שנעלם והיה מקום לחוש שהאשה תתעגן אם בעלה ימות ללא זש"ק, כתב החת"ס שלאחר שהבעל קדשה על תנאי, יכתבו מעשה בי"ד על כך שנעשו קידושין על תנאי. ויכתב נוסח של בית דין הפוסקים הלכה, ואין די בנוסח של עדים המעידים מה שראו.

בתוך דבריו כתב החתם סופר - "וטעמא קאמינא דאם נצטרך לזה אחר זמן רב וכבר מתו העדים ונשכח הדבר ונבוא להתיר יבמה לשוק עפ"י עדות שבשטר מפי כתבם, למה לנו להכנס לכתחילה בהוראה זו. אך כשכבר נפסק הדין עפ"י בי"ד ששאלו מהעדים מפיהם ממש, וכתבם בתורת פסק דין וחתמום בתורת בית דין ולא בתורת עדים, אזי בי"ד האחרון הרואים פסק דין זה אינן מגבים עדות בכתב, כי אם רואים פסק דין והוא כשר בכתב כמו בע"פ, דבעדות גזירת הכתוב הוא עפ"י ולא מפי כתבם".

בהמשך דבריו הביא החת"ס את מחלוקת הרמב"ן ורס"ג שבפירוש הרמב"ן עה"ת (דברים יז), ולדעת הרס"ג בדיני נפשות יכולים שלשה לקבל העדות ולהעבירה לסנהדרין של עשרים ושלושה. וכתב החת"ס - "ולע"ד שלרבינו סעדיה גאון ז"ל אפילו בדיני נפשות, אם שלשה דיינים הראויים לכך מקבלים מפי שני עדים בדרישה וחקירה ממש, וכתבם בתורת גמר דין שכך אמרו העדים, ושולחין אותה הקבלה לבי"ד של כ"ג כהוייתן, יכולים לגמור ד"נ בכ"ג עפ"י מכתב השלושה, ולא מקרי עד מפי עד ולא מפי כתבם כיון שנעשו עפ"י שלושה דיינים ובתורת פסק על הקבלה שנקרא גמר דין כמבואר בתוספות סנהדרין י"ט ריש ע"ב. נמצא הני ג' דיינים הוה בי"ד לגבי העדים וכעדים לגבי בי"ד של כ"ג", עכ"ל החת"ס.

בחומ"מ סי' מו דבכתבו אנחנו סהדי כשר, כתב הש"ך ס"ק עח דצ"ע לדינא כיון שהריב"ש ז"ל הסתפק בזה, וגם הטעם השני הניח בצ"ע בס"ק יז. אבל בשאר דברים פשיטא דבכתבו אנן סהדי אף שחתמו תלתא הוי מפי כתבם ... כעת מצאתי בנתיבות המשפט סוף סי' לו בביאורים בנה על יסוד דברי הנו"ב אלו, והפת"ש סי' מב ס"ק יז הביא דברי הנו"ב לפסק הלכה, ולפענ"ד הדבר צע"ג, וראה זה מצאתי בשו"ת פני יהושע ח"ב סי' סו מבואר להדיא דאף בחתמו תלתא הוי מפי כתבם".

ובשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא (הוצאת מוסד הרב קוק) אה"ע סי' סט כתב - "וגם צ"ע לענ"ד מה שנשתרבב המנהג שהמסדרים נותנים כתב לאשה שנתגרשה בפניהם, ולמה יהיה עליהם יותר דין בי"ד שיהא רשאי להיות מפי כתבם, יותר משנים. דהא אפילו שלשה מעידים על איזה ענין או אפילו מאה, לא יועיל מפי כתבם. והרי כל עיקר הדרש שלא יהא מפי כתבם, נלמד מן הכתוב דכתיב על פי שנים או שלשה עדים יקום דבר, מבואר דאפילו שלשה המעידים מפי כתבם לאו כלום הוא כמו שנים ... כשכותבין שטר לראיה בלבד שראו ענין זה, אין חילוק בין שנים לשלשה כלל. ועכ"פ נראה כשכותבין לאשה שטר כזה, צריך לכתוב בתוכו והתרנוה להנשא, שאין זה שטר עדות אלא מעשה בי"ד שדנו על פיו והתירוה לינשא. וכן מבואר בריב"ש סי' שפח ושפט ... ועיין בריב"ש שם סי' שצ תשובת הר"ן בזה ... ומ"מ מבואר מדבריהם דכל עיקרו של דבר שכתב זה הוא ממעשה בי"ד, לפי שהם דנו עליה והתירוה להנשא, אבל אם לא היו נעשים דיינים על זה, רק שכותבים לראיה בלבד, אף שהיו שלשה אינו מועיל, שאל"כ כל החרדה שחרד הריב"ש ז"ל שמא אין נעשים דיינים אין לו מקום, דסוף סוף הוא מעשה בי"ד של שלשה, והיה לו להריב"ש לדון על פיו להתירה להנשא. אלא ודאי דכיון שלא נעשו דיינים, אף שהם שלשה אין דנין על פי אותו כתב".

ובהתאם לכך פסק הבית אפרים שלא לדון עפ"י מעב"ד שלא נכתב בו והתרנוה להנשא.

ובהמשך דבריו הוסיף הבית אפרים - "והנה בטור וכן במרדכי לא נזכר והתרנוה להנשא, משמע דס"ל דאף דלא כתב הכי, מ"מ כיון שחותמים עצמן דיינים סגי בהכי. שזה מורה שמה שכתבו והגט קראנוהו כשר כדת וכהלכה היינו שדנו עליו שכשר וראוי לגרש בו".

עכ"פ מפורש בדברי הבית אפרים דלא כנודע ביהודה, ואם יחתמו שלשה על שטר המנוסח כשטר ראייה, תהיה הריעותא דמפיהם ולא מפי כתבם.

וכמו כן מבואר מדבריו שיסודו של שטר מעשה בי"ד הוא הוראת בי"ד ופסק דין, ובזה הוא עדיף על שטר בעלמא, וכפי שהבאנו לעיל מהחזו"א. החזו"א העלה מכח סברא זו שהשלשה החתומים על השטר יהיו ראויים להיות דיינים, ואילו הבית אפרים העלה מתוך סברא זו שיש קפידא שהשטר ינוסח בנוסח שיש בו הוראה ופסק דין. ועיין בשו"ת

העדות היחידה באותו דין תורה, ומתוך עדות זו עדיין לא ניתן לפסוק דבר.

מסקנת הדברים – אין לנסח את מעב"ד בלשון מסירת עדות, ויש להקפיד לנסח את השטר כפסק דין הכולל את מסקנות פסק הדין, כגון "מותרת להנשא", וכיוצ"ב.

מבואר מדברי החתם סופר שבכל במעשה ב"ד, הן מעשה ב"ד על קידושי תנאי והן מעב"ד של קבלת עדות בעלמא, יש לנסח את השטר בנוסח של בית דין הפוסקים דין וכסברת הבית אפרים שהבאנו.

אך הדברים קשים להאמר בכה"ג שלצורך פסק הדין נחוצות כמה עדויות ובית הדין מקבל עדות שהיא איננה

סימן טז

הודאת בעל דין וקנין אודיתא

אדר תשמ"ט

כהתחייבות והקנאה שאדם מתחייב או נותן מתנה לחבירו מדעתו אף שהדין אינו מחייבו בכך.

נציין כמה נקודות הטעונות ביאור בשיטת המהר"י בן לב - א. כל קנין זקוק לכוונת הקונה להקנות בנוסף למעשה הקנין. יתירה מזו כתב בספר עונג יו"ט סי' ב' שהרצון לקנות הוא עצם הקנין, וז"ל - "הרצון אינו בא להורות על פעולת המעשה למה עושה אותה, רק שהוא מעצם הקנין, אלא שאין הרצון הלזה עושה פעולתו רק ע"י מעשה".

וכן בחזו"א חח"מ סי' כ' כתב בשם אביו - "כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בלבו רק על ידי הקניינים המפורשים מחז"ל".

לפיכך קשה שהרי המודה בהודאת בעל דין, כוונתו להודיע לחבירו, כגילוי מילתא על העבר, שהוא חייב לו, ואיך אפשר לדונו כמקנה במתנה בהעדר כוונת הקנאה. ומה שכתבו הגאונים שבספר התרומות (שהביא מהריב"ל) שההודאה היא כאחד מדרכי הקניינים היינו כשכוונתו להקנות בהודאה זו, וכפי שיתבאר להלן.

ב. יש לבאר כיצד יתכן שיועיל נוסח של הודאה על העבר, כשמחייב עצמו מכאן ולהבא.

ג. ד. עיין בקובץ שעורים עמ"ס ב"ב סי' תקלו. מתוך דבריו עולות שתי קושיות על שיטת המהריב"ל. אחת מגמרא והשניה מסברא, -

הקושיא מגמרא - במסכת שבועות דף לג: מבואר - "ידיעה בלא ראייה כיצד, מנה הודית לי בפני פלוני ופלוני". ואם נאמר שההודאה היא התחייבות הרי שהעדים ראו את המעשה המחייב.

קושיא מסברא - לסברת המהריב"ל אדם המודה על חוב אמיתי שקיים, לכאורה צריך להתחייב פעמיים, פעם אחת מכח החוב ובפעם השניה מכח ההתחייבות שבהודאה. ואף שבי"ד יוציאו ממנו רק פעם אחת מ"מ בבא לצאת ידי שמים לכאורה עליו לשלם פעם נוספת.

ה. מלשון התוספתא בריש ב"מ והגמרא (בקידושין סה: ועוד מקומות) "הודאת בעל דין כמאה עדים", משמע

במאמר זה נתייחס בעז"ה להגדרת שני מושגים - א. הודאת בעל דין.

ב. קנין אודיתא.

ונדון במהותו של כל אחד מהמושגים הללו, מה מקורו ומה היחס בין שניהם.

הודאת בעל דין

מקור הדין במסכת קידושין דף סה: נאמר - "הודאת בעל דין כמאה עדים". פרש רש"י - "דכתיב כי הוא זה, הרי שסמך על מקצת הודאתו", וכן כתבו הר"ן והרשב"א.

גדר הודאת בעל דין - מצינו שלש שיטות עיקריות בהבנת הודאת בעל דין.

א. שיטת מהר"י בן לב - ההודאה היא התחייבות. בהודאתו המודה נידון כנותן מתנה.

ב. שיטת קצות החשן - הודאה היא נאמנות, בהודאתו המודה נאמן לחובתו.

ג. שיטת התשב"ץ - המודה נאמן בתורת מיגו דאי בעי יהיב ליה.

כמו כן מצינו שיטות נוספות, חלקן קרובות לאחת השיטות שהזכרו או שהן מיוזג של שתי שיטות.

באור כל אחת מהשיטות ומקורותיה

א. שיטת מהר"י בן לב

מהר"י בן לב (ח"א כלל ג' סי' יט) כתב - "והיה נראה דכיון דהקרובים הם פסולים אף לחייב לקרובים, דמהאי טעמא להוי האדם קרוב אצל עצמו אפילו לחייב את עצמו בממון. אלא דיראה לי לפי זה הדרך דמה שהוא חייב הוי מטעם מתנה, וכמ"ש בעל התרומות (שער מב ח"ד סי' ג') ומכאן למדו הראשונים דמאן דאודי בפני שנים באתם עדי, ל"ש דאודי במידי דמחייב בה ול"ש דאודי במידי דלא מחייב בה אלא דיהיב ליה במתנה קנה דהוה ליה כמאן דאמר נתתי שדה פלונית לפלוני, וכן ההיא דכתובות בפרק הנושא (דף קא:) דחייב אני לך מנה בשטר דחייב, וכן הורו הגאונים שכתבו הודאה בחבוריהם כאחד מדרכי ההקנאות".

לשיטה זו, הודאה אינה יכולה להועיל כנאמנות, מכיון שאין אדם נאמן על עצמו, לכן יש לפרש הודאת בעל דין

מהריב"ל אינו סובר שכל הודאה היא התחייבות, אלא שכל הודאה שמודה למרות שבאמת אינו חייב היא התחייבות, ולכן הבי"ד מחייבים אותו ממה נפשך. אם באמת חייב לו הרי ודאי מחייבים אותו כדין, ואם באמת אינו חייב, מחייבים אותו מכח ההתחייבות שחייב עצמו.

ולכן - אין מקום להקשות מהגמרא במסכת שבועות דף לג: מכיון שעדים המעידים על הודאה אינם יודעים אם באמת חייב לו או מתחייב כעת, לכן אין כאן אלא עדות ידיעה שמשעת ההודאה ודאי חייב, אך אין כאן ראייה ודאית של עצם החיוב. וכן מה"ט אין מקום לחייבו פעמיים, שהרי אם האמת שכבר חייב לו אינו מחייב עצמו כעת.

ביחס לשאלה הראשונה שהצגנו בתחילת דברינו - לפי המבואר לעיל, דברי מהריב"ל נאמרו רק כשאנו חייב ובכה"ג ודאי כוונתו להתחייב. אך קשה כיצד מועיל נוסח של הודאה להחשב כמעשה שיש בו התחייבות.

תשובה לכך מציינו בספר שערי תורה (כלל א' פרט א'), וז"ל - "אנן מפרשינן הודאתו, אף שאמר בלשון הודאה שלוחה כאילו אמר בלשון מתנה. ויש דמיון לזה ממ"ש הרא"ש במסכת קידושין פרק א' סי' כ"א אם היה משאיל טבעת לחבירו לקדש לו אשה מקודשת, דאנן סהדי דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש לו אשה גמר בלבו ליתן לו באותו לשון שיועיל לענין קידושין ואם לא יועיל בלשון שאלה יהיה בלשון מתנה. יעוין שם דאף שאמר בלשון גרוע כוונתו באופן המועיל. ועל זה סמך הט"ז באו"ח סי' יד סק"ה וסי' שסט ס"ק יב וסי' תלד סק"ו. הרי דחוינן אדם שרוצה לעשות דבר אף שאמר בלשון שאינו מועיל אמדינן דעתו אילו היה יודע שלשון זה אינו מועיל להוציא מחשבתו היה אומר בלשון המועיל. וה"נ כן כיון שהודה בפני בי"ד או בפני עדים שחייב ממון לחבירו, א"כ חזינן שרוצה לחייב את עצמו וליתן לחבירו אנן סהדי שאילו היה יודע שלא יועיל לשון הודאה נגד עדים היה אומר בפירושו בתורת חיוב מכאן ולהבא, דיכול לחייב עצמו מכאן ולהבא בדבר שאינו חייב לשיטת הרמב"ם וסיעתו המובא בסי' מ' כשאומר אתם עדי או היה אומר לשון מתנה, לכן דיינינן עכשיו אף שאמר בלשון שאינו מועיל כאילו אמר לשון המועיל".

יש להעיר על ביאור זה ממה שהוכיח המשכנות יעקב חח"מ סי' לב מכמה מקומות דלא כסברת הרא"ש, עיי"ש שהעלה דהרא"ש יחידאה.

ביחס לשאלה הששית, - צ"ל שבמקור הדין של הודאת בעל דין, מהריב"ל אינו סובר כרש"י הר"ן והרשב"א. אך אין מקום להקשות ממה שלא ציין שספר התרומות עצמו אינו סובר קנין אודיתא ושכן דעת הראב"ד שבסה"ת שער מב, דלביאורו של השערי תורה המהריב"ל אינו חייב להתבסס על דין קנין אודיתא דוקא, אלא אף להחולקים על קנין אודיתא, מכיון שאדם יכול לחייב עצמו, על פי המבואר בשו"ע סי' מ', (ולהלן נבאר גדר חיוב זה), אנו מפרשים דבריו

שההודאה מתורת נאמנות דאם מתורת התחייבות אתינן, מדוע אנו מדמים הודאה לעדים.

ו. עיין בקצות החשן סי' לד סק"ד שהוכיח מרש"י בקידושין דף סה: שהודאת בעל דין מתורת נאמנות ממש"כ רש"י שהמקור להודאת בעל דין הוא מדין שבועת מודה במקצת, שבמודה במקצת מכיון שהכתוב "סמך על מקצת הודאתו" חייב להישבע על השאר, הרי שיש להודאתו כח נאמנות, שהכתוב סמך עליו. (וכן הרשב"א והר"ן בקידושין דף סה: פרושו בגמרא שם כרש"י).

הוכחת הקצות היא הן מלשון רש"י, דמשמע שסומכים על הודאתו מכח הנאמנות שבה, והן ממה שכתב רש"י שהמקור להודאת בעל דין הוא ממודה במקצת ואם הודאת בעל דין היא התחייבות הרי אין דין שבועת מודה במקצת בכופר הכל הנותן לתובע במתנה את מקצת התביעה.

וע"ע בקצות (שם) במה שהוסיף להקשות על מהריב"ל. ז. מהריב"ל מתבסס על ספר התרומות שההודאה היא קנין בלא לציין שספר התרומות גופיה כתב בכמה מקומות כדבר פשוט שההודאה אינה יוצרת קנין. בשער נא חלק ח' סעיף א' כתוב בספר התרומות - "ההודאה אין עניינה הקנאה, אלא ענין הבא על מה שכבר היה שמגלה האמת". וכ"כ בשער מג סוף ח"א. ואפילו באותו מקום שציין המהריב"ל, בשער מב סוף ח"ד, לאחר שהובאה דעת הגאונים הביא ספר התרומות את דברי הראב"ד החולק וסובר שאין קנין בהודאה.

ח. בקובץ ביאורים (להג"ר אלחנן וטרמן ז"ל) עמ"ס גיטין סי' כא כתב - "בכתובות דף יט. אמר אביי לעולם דאמר מלוה, וכגון שחב לאחרים, עיי"ש. מכאן ראייה ברורה שלא כדברי מהריב"ל שכתב דהודאת בע"ד הוא משום התחייבות, דא"כ מאי גריעותא דחב לאחריני, הא לדעת הרבה ראשונים ז"ל מהני מחילה בשעבודא דרבי נתן".

ט. בקובץ ביאורים (שם) הוסיף להוכיח דלא כמהריב"ל משיטת התוס' והרא"ש במסכת כתובות ריש פרק אע"פ (דף נד:), וז"ל - "עיי"ש שהקשו האיך ישעבד נכסיו שיקנה אח"כ כיון שלא נתחייב היינו דבר שלא בא לעולם. ותרצו כיון שהודה שיש לו נכסים למה לא יתחייב, ע"ש ברא"ש יותר מבואר. ומאי מהני הודאת בעל דין כיון דהתחייבות לא מהני משום דהוי קנין דברים".

דהיינו, מכיון שזהו קנין הוא כפוף לגדרי קניינים, ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואם כוונתו להקנות כשיבוא לעולם, לעת עתה אין הקנאה וההתחייבות להקנות הנכסים לכשיבואו לעולם הוי קנין דברים.

באור שיטת מהרי"ב בן לב

נראה שיש מקום לישב חלק הקושיות על שיטת מהריב"ל ולהעמיד את דבריו שלא תהיה עליהם פירכא המערערת את עצם שיטתו.

א. קושיית קצות החשן עצמו בסי' לד ססק"ד, שכתב - "אלא דאכתי איכא למידק מנלן דהודאת בע"ד יותר מעדים, ואי משום דכתיב כי הוא זה, היינו היכא דליכא עדים דמכחש ליה ... וא"כ מנלן דהוא נאמן, ואין לומר דהוא מסברא דהא חזינן מלשון רש"י דיליף לה מקרא דכתיב כי הוא זה".

ועיין בחלקת יואב מהדורא תניינא ססי' יח כתב שאף דעיקר דין הודאת בעל דין ילפינן מ"כי הוא זה", מ"מ במודה נגד עדים א"א ללמד מ"כי הוא זה", אך לא באר מהו המקור להודאה זו.

ב. המקור להודאת בעל דין הוא ממודה במקצת, ובמודה במקצת ההודאה היא בפני ב"ד. ומנלן שגם המודה בפני עדים נאמן (כגון במודה בפני עדים ואמר אתם עדי, או כגון שלא בטלה הודאתו בטענת השטאה או שלא להשביע עצמי הודיתי, בהתאם למבואר בשו"ע סי' פא).

קושיא זו הקשה על הקצות, אחיו בספר תרומת הכרי סי' א', ו"ל - "מה שהעלה הרב אחי דהודאה בפני עדים הוא ג"כ מתורת נאמנות ומטו בה משמיה דרש"י בהאומר, אין דעתי נוחה הימנו, כי ממודה במקצת לא מצי למילף אלא הודאה בב"ד דוקא".

וכן הקשה בספר פני יהושע מסכת כתובות דף קב. (בד"ה ורבינו תם מפרש), ו"ל - "קשה הא מקרא לא ילפינן אלא במודה בב"ד דוקא דבהכי איירי קרא, ואכתי במודה חוץ לבי"ד בפני עדים מנלן".

ועיין באמרי בינה (דיני עדות סי' ב') שכתב מקור נוסף לנאמנות הודאת בעל דין מהפסוק "או הודע אליו חטאתו", דילפינן שנאמן להביא קרבן חטאת ולא חיישינן לחולין בעזרה, אף כשמודה מחוץ לבי"ד ואף כשעדים מכחישים אותו. ובזה מיושבת קושיא א' דלעיל.

יש שציינו מקור להודאה מחוץ לבי"ד, בגמרא בשבועות דף לג: - "רבי יוסי הגלילי אומר הרי הוא אומר "והוא עד או ראה או ידע" ... ידיעה בלא ראייה כיצד, מנה הודיתה לי בפני פלוני ופלוני יבואו פלוני ופלוני ויעידו". הרי שההודאה מחוץ לבי"ד בפני עדים נידונת כידיעה, והיינו מפני שהמודה נאמן בהודאתו.

ג. בספר קצות החשן סי' פא ססק"ב כתב - "נראה דכיון דהודאת בעל דין אתי מקרא דכתיב כי הוא זה הרי שסמכה התורה על מקצת הודאתו וכמ"ש רש"י, והתם ודאי בעינן תובעו וכמ"ש הרמב"ן והר"ן פרק שבועת הדיינים דכל שקדמה הודאת הנתבע לתביעת התובע לאו מודה במקצת הטענה הוא, א"כ אין לנו אלא בתובעו והודאה".

דברי קצות החשן לכאורה צ"ע, לפי דבריו כיצד נבאר מה שמצינו שהודאת בעל דין בלא תביעה נידונת כהודאה, כגון בדין המבואר בשו"ע סי' פא סעיף יד בהודה מעצמו דכל שאינן טוען שלא להשביע עצמי הודיתי חייב מכח הודאת בעל דין. וכמו כן לשיטת הקצות שקנין אודיתא בנוי על גרי הודאת בעל דין (וכמו שנבאר להלן בהרחבה), הרי

שכוונתו להתחייב באופן זה. (בהמשך נרחיב בשאלה זו האם המהריב"ל בנוי על קנין אודיתא או על התחייבות).

דעת כמה אחרונים כשיטת מהר"י בן לב

מצינו כמה אחרונים שנקטו כסברת המהריב"ל - בספר אור שמח הלכות נחלות פ"ד ה"ג כתב, ו"ל - "כשאחד אומר שלוח מכלו מנה ... דהוא ענין חיוב שנתחייב לשלם". מבואר בדבריו דהחיוב מכאן ולהבא ולא הודאה על העבר. וכן כתב האור שמח בהלכות טו"י פ"ה ה"ב (ד"ה וראיתי) - "האומר גנבתי או גולתני איך מתחייב על פי הודאתו הא אין אדם משים עצמו רשע, רק מדין חיוב אתי".

וכן נראה בדעת הב"ש באה"ע סי' לח ס"ק לא שכתב גבי האומר הרי את מקודשת לי על מנת שיש לי מעות ביד פלוני, אם אין לו אצל פלוני אך אותו פלוני מודה בהודאת בעל דין שיש למקדש אצלו, "לא מהני הודאת פלוני, כי אע"פ דמהני הודאתו לחייב את עצמו מכאן ולהבא, מ"מ אין ידוע אם היה אצלו בשעת הודאתו". ועיי"ש שחולק על הח"מ ס"ק כג שכתב "ואם אותו פלוני מודה לפנינו נראה דהודאתו הוה כעדים". ומבואר דמהני למפרע. וכן בספר המקנה השיג על הב"ש מכח דברי רש"י בקידושין דף סה: דמשמע שהודאת בע"ד מכח נאמנות וממילא מהני למפרע. עכ"פ דעת הב"ש דהודאת בע"ד מהני רק מכאן ולהבא והיינו דס"ל כמהריב"ל ולכן מועיל כקנין משעת ההודאה בלבד, וכן מבואר בלשונו של הב"ש "מהני הודאתו לחייב את עצמו". וכ"כ בדעת הב"ש בספר שערי תורה (כלל א' פרט א'). אך יש לדון שאמנם הב"ש אינו סובר כדעת הקצות החשן, אך יתכן שסברת הב"ש כאחת משאר הסברות שיובאו להלן - סברת הפני יהושע יד המלך או התשב"ץ. וכן כתב קצות החשן סי' פ' סק"ב בדעת מהר"י אדרבי בשו"ת דברי ריבות סי' קמט שדעתו כמהריב"ל.

ב. שיטת קצות החשן

בספר קצות החשן סי' לד ססק"ד וסי' רמא סק"א חולק על מהריב"ל ולדעתו דין הודאת בע"ד הוא מתורת נאמנות אדם על עצמו לחובתו, וכדילפינן מ"כי הוא זה". וכדמשמע מרש"י והר"ן בקידושין שכתבו "הרי שסמך על מקצת הודאתו", דהיינו בתורת נאמנות. וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"ד סי' נ' (המובאת להלן) - "כל שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים". וכן דעת הח"מ והמקנה שהובאו לעיל. וכן מבואר בלשון הרמ"א בחו"מ סי' עט סעיף א' - "ונאמן על עצמו יותר ממאה עדים". (אך להלן תובא דעת ספר חשן אהרן שנטה להבין בדעת הרמ"א כשיטת ספר יד המלך המובא להלן).

הקשיים בשיטת הקצות החשן

יש מקום לשלש הערות על שיטת הקצות -

חייב מ"מ כופין אותו להוציא הגולה מתחת ידו, כי גזל נמי איסורא הוא כשאר איסורים."

ה. שיטת יד המלך

בספר יד המלך בפרק ט' מהלכות אישות הלכה לא (הובא בפתחי תשובה באה"ע סי' מז ססק"ג) כתב שהודאת בעל דין היא בירור מוחלט שהמודה אכן חייב, והיא עדיפה על נאמנות שני עדים. בנאמנות עדים אין בירור מוחלט שכך האמת, שהרי יתכן שנשכרו להעיד שקר או שהם שונאים את הבעל דין, אלא דאעפ"כ גזרת הכתוב דעל פי שנים עדים יקום דבר, וכמו שכתב הרמב"ם בסוף פרק ז' מהלכות יסודי התורה. אבל בהודאת בעל דין לדעת יד המלך, ההודאה אינה נאמנות על החוב, "אלא דיבורו הוא רק גילוי מילתא שנתגלה לנו ע"י הודאתו אמיתת הענין, והחיוב אינו על פיו, רק דיבורו הוא סיבה וגילוי דעת לחיוב".

היד המלך הוסיף שכל דבריו הם רק ביחס למודה על ידי תביעה, אבל במודה מעצמו אין בירור בעצם ההודאה, אלא הודאתו מחייבתו וכסברת המהריב"ל. וע"ע מש"כ היד המלך שם לחדש דלא מהני חזרה תוך כדי דיבור מהודאה שהודה ע"י תביעה, אלא רק מהודאה שהודה מעצמו שיסודה מכח התחייבות.

ועיין בספר חשן אהרן סי' עט סעיף א' שהסכים לשיטת יד המלך, ובאר עפ"י זה את דברי הרמ"א שם שכתב דבהודאת פיו "נאמן על עצמו יותר ממאה עדים". עיי"ש בסמ"ע ובט"ז שדנו לבאר לשון זו שכתב הרמ"א, "יותר ממאה עדים". ובחשן אהרן כתב שעפ"י סברת היד המלך מבואר הטעם דעדיפה הודאתו מעדים. אך יש להעיר, דמלשון הרמ"א שכתב "ונאמן על עצמו" מוכח שזוהי הלכה בהלכות נאמנות אדם על עצמו, וכסברת הקצות, ואילו היד המלך כתב "החיוב אינו על פיו, רק דיבורו הוא סיבה וגילוי דעת לחיוב".

בספר נחל יצחק סי' פא סק"ד דחה את דברי יד המלך. עיקר דבריו של הנחל יצחק הם לדחות את חידושו דלא מהני חזרה תוך כדי דיבור בהודה ע"י תביעה, אך בתוך דבריו דחה הנחל יצחק גם את עיקר שיטתו דהודאת בעל דין עדיפה מנאמנות עדים, עיי"ש שהוכיח כן מלשון התוספתא (בריש מסכת ב"מ) - "הודאת בעל דין כמאה עדים, אימתי בזמן שתבעו" וכו', הרי שגם בהודאה ע"י תביעה נקטה התוספתא דכמאה עדים דמי.

בעיקר דבריו שכתב בספר יד המלך לחלק בין הודאה ע"י תביעה להודה מעצמו, יש שהסכימו לדבריו, וכתבו שבהודאה הבאה מכח תביעה יש לדון את ההודאה כנאמנות וכמ"ש הקצות החשן. אך בהודה מעצמו ההודאה נידונה כהתחייבות וכשיטת מהריב"ל. (אלא שלשיטת יד המלך הודאה הבאה ע"י תביעה עדיפה מנאמנות עדים, וכמו שהתבאר).

כן כתב בספר דברי חיים (מצאנו) עמ"ס ב"מ דף ג': שיש לחלק בין הודה בלא תביעה להודה לאחר תביעה, והעלה בדעת המהר"י בן לב שרק כשהודה בלא תביעה או כשיש

באודיתא מהני אף בלא תביעה, כגון בעובדא דאיסור גיורא במסכת ב"ב דף קמט, ובמכירת חמץ, שלדעת הקצות בסי' קצד סק"ד אפשר למכור את החמץ באודיתא.

על כן נראה שדברי הקצות החשן הללו נאמרו רק ביחס להודאה בבי"ד, אבל בהודאת בעל דין בפני עדים ואמר לעדים אתם עדי, אמנם כוחה של ההודאה מתורת נאמנות (וכמ"ש בתרומת הכרי בדעת הקצות), מ"מ הודאה זו אינה כפופה להודאת מודה במקצת. ורק הודאה בפני בי"ד היא כגדרי ההודאה של המודה במקצת.

לפי זה עדיפה הודאה בפני עדים כשאומר אתם עדי, מהודאה בפני בי"ד שאין בה אמירת אתם עדי.

אלא שעיקר דברי הקצות הנ"ל בסי' פא שכתב דבקדמה הודאה לתביעה החסרון הוא שאין כאן "הודאה" במקצת תמוהים, וכמו שתמה בהגהת תרומת הכרי סי' א' סק"א - "דהא שם לענין שבועה קיימינן", דהיינו בקדמה הודאה לתביעה הפטור הוא פטור בהלכות שבועת מודה במקצת ולא מכח חסרון בהודאה. וכן מבואר מדברי הר"י מגאש בחידושו עמ"ס שבועת דף מ: שהחסרון בקדמה הודאת לתביעה אינו מפני שאין זו הודאה, אלא מפני שחסר בתנאים אחרים הדרושים לחייב שבועת מודה במקצת. וע"ע בחלקת יואב מהדורא תניינא ססי' יח שדחה את דברי הקצות בסי' פא ואת הראיה מתוס' בב"ק.

ג. שיטת הפני יהושע

לדעת הפני יהושע במסכת כתובות דף קב. הודאה בבי"ד מועילה מתורת נאמנות וילפינן ממודה במקצת וכמ"ש רש"י בקידושין (דף סה:): וכסברת הקצות החשן, אך הודאה בפני עדים א"א ללמד ממודה במקצת שדינו נאמר רק כשמודה בבי"ד, ולכן צ"ל שהודאה זו מועילה בתורת התחייבות, וכסברת מהר"י בן לב. וז"ל הפני יהושע - "הא דפשיטא לן דבהודאה בפני עדים ואמר אתם עדי מהני, היינו משום דפשיטא לן דמדין ערב דאדם יכול לחייב עצמו במה שאינו חייב היכא דאיכא שום סברא לומר דגמר ומקני. והיינו טעמא, דאיכא סברא כיון שחייב עצמו ואמר אתם עדי מסתמא גמר והתחייב בלב שלם".

בספר תרומת הכרי השיג על דברי הפני יהושע משום שלדעתו שיטת המהר"י בן לב דחווה ויש ראיות חזקות נגדה, וממילא אין מקום לומר שהודאה בפני עדים היא מתורת התחייבות.

ד. שיטת תרומת הכרי

בספר תרומת הכרי סי' א' דעתו כשיטת הפני יהושע ביחס להודאה בבי"ד, דמהני מתורת נאמנות. אך הודאה בפני עדים מועילה מתורת שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, שאינו מתורת נאמנות אלא שמחייבים את האדם להתנהג על פי דיבורו. וז"ל - "ומה"ט נמי גבי ממון המודה בפני עדים שהוא חייב לחבירו מנה אף שאין אנו מאמינים לו שהוא

ומתנה החיוב נוצר מכאן ולהבא. לדעתו, הב"ש סי' לח ס"ק לא הסובר שבהודאת בעל דין מתחייב מכאן ולהבא נקט כמהריב"ל, והח"מ וההפלאה הסוברים שנאמן למפרע נקטו כשיטת הקצות החשן. וע"ע בשואל ומשיב מהדו"ק ח"ג סי' קל במש"כ ביאור אחר בדעת הב"ש.

וע"ע בצפנת פענח הלכות נערה בתולה פ"א ה"א שבאר מחלוקת רב חסדא ואב"י ורבא במסכת ב"ב דף לג. אם המודה שהקרקע של חבירו צריך להחזיר הפירות למפרע, שסוד מחלוקתם היא האם הודאת בעל דין היא נאמנות למפרע, או התחייבות מכאן ולהבא.

ג. לשיטת המהריב"ל הסוגיא בכתובות דף יט. שהמלוה אינו נאמן לומר על השטר שהוא שטר אמנה במקום שחב לאחרים, מתפרשת שרק מפני חשש קנוניא אינו נאמן, וכמ"ש הרמב"ם בפרק ב' מהלכות מלוה ולוה ה"ו. ומבואר ברמב"ם דאם לא נחוש לקנוניא, נאמן אף במקום שחב לאחרים. וכן מבואר בחידושי הרשב"א עמ"ס גיטין דף יד. בסוגיא הנהו גינאי (בסוף ד"ה הנהו גינאי), וכן בשטמ"ק עמ"ס ב"מ דף יג. בשם הריטב"א באר שהאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן במקום שחב לאחרים מכיון דחיישינן לקנוניא. וכן עולה מדברי התומים סי' צט המובא בקצות החשן סי' צט סק"ב שבמקום דלא חיישינן לקנוניא מועילה הודאתו אף במקום שחב לאחרים, ולכאורה הטעם מכיון שהודאה היא התחייבות. אלא שהקצות החשן, לשיטתו, חולק על התומים, וכתב - "כל שחב לאחרים אפילו במקום דלא שייך קנוניא אינו נאמן, וכדמוכח בפרק באומר בקידושין דף סה: דאע"פ ששניהם מודים אין חוששין לקידושין ואמרו שם משום שחב לאחרים ע"ש. והתם ליכא חשש קנוניא, אלא ודאי אדם אינו נאמן בהודאתו אלא היכא דליכא חוב לאחרני אבל היכא דאיכא חוב לאחרני אינו נאמן".

ד. בשו"ת שואל ומשיב (מהדורא קמא ח"ב סי' קמה) הביא את מחלוקת בעל התרומות והרי"ף שהביא הטור סי' פז באדם הכופר בכל ונשבע היסת ואח"כ הודה במקצת, שהרי"ף כתב שאינו יכול להשבע אלא שכנגדו נשבע ונוטל, ובעל התרומות והטור ס"ל שאינו נעשה חשוד עפ"י עצמו. וכתב השואל ומשיב - "ולפענ"ד נראה דמחלוקת הרי"ף ובעל התרומות תלוי במה שנחלקו המהריב"ל והקצות החשן בטעם הודאת בעל דין. דאם נימא מתורת מתנה א"כ שוב אינו נעשה חשוד. אבל לפי מש"כ הקצות החשן דהוא לגבי עצמו נאמן מתורת עד א"כ שוב נעשה חשוד".

ה. בקצות החשן סי' קצד סק"ד סובר שאפשר למכור חמץ בקנין אודיתא, עיי"ש. אולם לשיטת הקצות היינו דוקא כשהתמלאו התנאים (שיפורטו להלן) לקנין אודיתא, אבל כשמודה בהודאת בעל דין (שאינה תקפה כאודיתא) שהחמץ שייך לגוי, אם יודע בעצמו שהחמץ עדיין שלו, עובר עליו. משא"כ למהריב"ל כל הודאת בעל דין היא קנין אודיתא המועיל מדאורייתא, ויכול להודות שהחמץ של הגוי, ואין

עדים דבבר שאינו חייב הודאתו נידונת כהתחייבות, אבל כשתבעו והודה לו חייב מטעם נאמנות. (ועיי"ש שכתב שאף כשהודה ע"י תביעה אם הודה למרות שהיה יכול להעזי פניו ולכפור, הודאתו מטעם חיוב, וכתב לישב בזה קושית הקצות החשן על מהריב"ל).

וכן כתב באגרות משה חו"מ ח"ב סי' סד פרק ג', ובאר שבהודאה ע"י תביעה מצטרפת הנאמנות של התובע בתביעתו, וכמו שמצינו שבכחה של תביעת התובע לחייב שבועת היסת, דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו. משא"כ במודה מעצמו.

וכן כתב הגר"י קמנצקי ז"ל בספרו אמת ליעקב, בחידושי עמ"ס ב"ב דף לג, וז"ל - "היכא דהלה תובע וזה מודה, אז ההודאה מטעם נאמנות דבכה"ג מיירי קרא דכי הוא זה. וכן מסתבר שהרי לעולם ב"ד מחפשיין את האמת מעמידין אותה על סמך הטענות. וכיון שכן כשהלה תובע והנתבע מודה לדבריו מסתבר דבכה"ג ודאי עמדו על האמת". משא"כ במודה מעצמו אין כאן אלא התחייבות.

ו. שיטת התשב"ץ

התשב"ץ ח"א סי' עו כתב בגדר הודאת בע"ד - "שהיא כמאה עדים מיגו דאי בעי יהיב או מפני טעם אחר או מגזירת מלך ג"כ וכדילפינן מכי הוא זה וכדפרש"י בקידושין". (במש"כ התשב"ץ "או מגזירת מלך" כוונתו כגדר עדים הנאמנים מגזירת מלך).

ועיין בקצות סי' לד סק"ד שדחה שא"א לפרש דין הודאת בע"ד מכח מיגו, "דא"כ אלו היו עדים כנגדו שאינו חייב דתו לא שייך מיגו דהוי מיגו במקום עדים, והודאת בעל דין נאמן אפילו נגד עדים, וא"כ ליכא למימר מדין מיגו".

הנפקא מינה בין השיטות

להלן נציין הנפקא מינה בין הסוברים שההודאה היא נאמנות לסוברים שבהודאה המודה מתחייב בעצם הודאתו. א. בהגהות הגר"י יהושע מקוטנא (מח"ס ישועות ישראל) על תשובת הרשב"א ח"ד סי' נ' כתב שאם "הודאה אינה קנין אלא שאנו מקבלין דבריו שהאמת כדבריו, אם הלה יודע שאינו כן, והנותן חוזר, אסור לו ליטול משום גזל". משא"כ אם התחייב בעצם ההודאה, המקבל אינו צריך לחוש משום גזל.

יש לדון בדבריו, שהרי המודה הודאת בעל דין נאמן לחובתו ואינו נאמן לזכותו. א"כ י"ל כן גם ביחס למקבל, אף שהמקבל יסבור שהמודה אינו חייב לו, הרי יתכן שזיכה לו ע"י אחר, וכמ"ש הראב"ד בתשובה המובאת בספר התרומות שער מב (התשובה תובא להלן, עיי"ש שכתב כמה אפשרויות שהמודה חייב למרות שהמקבל אינו יודע), ועכ"פ המודה נאמן על כך, ואינו נאמן בחזרתו.

ב. בספר שערי תורה (כלל א' פרט א') כתב שאם הודאת בעל דין בתורת נאמנות, נאמן למפרע, ואם בתורת חיוב

דאמרינן (ב"מ דף סד.) אימר איניש אחריני גזליה ואמר ליה להאיך זיל אבלע ליה בחשבון, א"נ איניש אחרינא יהבינהו לשמעון וחכינהו ניהליה ע"י ראובן, דהא ראובן אודי דהלין זוזי דמשמעון נינהו, ואפשר דאיהו ידע אמאי אודי ושמעון לא ידע, כדאמרינן בגיטין (דף מ:)) חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר, ודכוותיה פרק הנושא.

וכן דעת ספר התרומות בשער נא חלק ח' סעיף א' שכתב - "אבל הודאה אין ענינה הקנאה, אלא ענין הבא על מה שכבר היה שמגלה האמת".

ב. שיטת העיטור האור זרוע התשב"ץ והרשב"ש.

בהודאת בעל דין מלבד הנאמנות שבהודאה התחדש קנין באמצעות הודאת בעל דין - קנין אודיתא. אך קנין אודיתא זה דאיסור גיורא הוא תקנת חכמים ונאמרה רק ביחס לשכיב מרע, ודוקא בגר שכיב מרע, מכיון שבשכיב מרע שאינו גר כבר נאמר דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין, ורק בגר דמכיון שאינו בירושה אינו בדין דדבריו ככתובין וכמסורין ולכן תקנו לו קנין אודיתא.

בעל העיטור (באות ה' הודאה) לאחר שהביא דעת הגאון שהודאה היא קנין, כתב - "מסתברא דהודאה לא מהני אלא בשכיב מרע כגון הא דאיסור משום דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, ודמי לנתתי שדה פלונית לפלוני דאמר התם וכולן בשטר, וגם משום הא דכתובות (קא:), התם בשטר הוא. אבל מידי דידעינן דלאו ידידה הוא אלא דנותן, היכי מצי למימר לאו דילי הוא אלא לפלוני, הא כו"ע ידעי דשקר הוא ומצי למימר משטה אני בכך, ותו ליתנייה גבי שאר הקנאות".

וכן האור זרוע (ח"א סי' תשנב סק"ד) כתב - "נראה בעיני שאין זה הדין אלא בשכיב מרע לצורך הגר כזה דהואיל שלא היה יכול להקנות לו בענין אחר כי אם כך אמור רבנן דקני כדי שלא תטרף דעתו ... אבל בריא דאיתיה במתנה ה"נ דלא קני בהודאה", ועיי"ש שהוכיח כן מב"ב דף קנו: במעשה במרוני שאמרו שאין לו תקנה להקנותו אלא ע"ג קרקע משמע שבאודיתא לא מהני. ועיין בהגהות האשרי בסוגית איסור גיורא שהביא בקיצור את דברי האור זרוע.

וכ"כ התשב"ץ (ח"א סי' קנב) - "אין פקדון ולא מלוה נקנין בהודאה אלא בשכיב מרע, משום דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו, אבל בבריא לא. שאם כל אדם היה יכול להקנות בהודאה אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות, וכ"כ הרב בעל העיטור".

התשב"ץ כתב כן בדעת הרמב"ם, וז"ל - "וכן דעת הרמב"ם ז"ל, שהוא פסק בהלכות ההיא דאיסור בפ"ט מהלכות זכיה ומתנה (הלכה ט'), ואלו בהלכות מכירה פ"ו (הלכה ז') כתב שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אגב קרקע. וכתב עוד שם שהחוב אינו נקנה אלא במעמד שלשתן, ואילו היתה דעתו שההודאה תועיל בבריא אמאי לא תני תקנתא דאודיתא, דהלכתא בטעמא היא. אלא ודאי הרי הוא מסכים למה שהסכים בו הרב בעל

צורך לתנאי אודיתא שכתב הקצות, שהרי הודאת בעל דין גופא היא אודיתא, ודי בכך שדבריו נחשבים כהודאת בעל דין.

אלא שלהלן יתבאר שיתכן שהודאת בעל דין לשיטת מהריב"ל אינה קנין אודיתא, אלא התחייבות. והתחייבות והשתעבודות בשעבוד הגוף למכור חמץ ודאי לא תועיל לפוטרו מבלי יראה ובל ימצא.

באור מקור המחלוקת בין המהר"י בן לב לקצות החשן

להבהרת השיטות בגדר הודאת בעל דין יש מקום לברר שתי סוגיות, במסכת ב"ב דף קמט. סוגית איסור גיורא ובכתובות דף קא.

סוגית איסור גיורא

במסכת ב"ב דף קמט. הסתפקה הגמרא - "איבעיא להו שכיב מרע שהודה מהו", הספק נפשט מהמעשה של איסור גיורא - "ת"ש דאיסור גיורא הוה ליה תליסר אלפי זוזי בי רבא ... ולודי איסור דהלין זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא", עיי"ש בסוגיא.

מצינו בראשונים שלש שיטות בביאור הסוגיא -

א. שיטת הרשב"ם הרשב"א הראב"ד וספר התרומות.

הרשב"ם פרש שהסוגיא דנה בהלכות הודאת בע"ד, והספק בגמרא הוא שמא אין כאן הודאת בע"ד, ושלא להשביע את עצמו הודה, ומסקנת הסוגיא שההודאה מועילה, וכן פרש הנימוקי יוסף.

וכן דעת הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' סז וח"ד סי' נ'), וז"ל - "יש מי שמדקדק מההיא דאיסור גיורא שההודאה בכענין זה אחד מדרכי הקניות. אלא שאני תמה בדבר זה, במה יקנה והלא אין נכסים שיש להם אחריות נקנים אלא או במשיכה או בהגבהה או בחליפין או באגב ולא מצינו בשום מקום שתהיה קנייתן בהודאה, וההיא דאיסור גיורא בשהודה שאותן נכסים שביד רבא של רב מרי הם ואע"פ שאנו מוחזקין בו שאין לו לרב מרי בידו כלום כל שהודה הוא נאמן יותר ממאה עדים".

וכן דעת הראב"ד בתשובה המובאת בספר התרומות שער מב ח"ד ס"ג. הראב"ד נשאל - "בראובן שהודה, הלין זוזי דשמעון נינהו, ואנן ידעינן דלא מחייב ליה בכלום ולא בפקדון איתנהו גביה, ושמעון עצמו מודה בכך אלא נתכוין לתנו לו במתנה".

דהיינו הראב"ד נשאל על מעשה הדומה לעובדא דאיסור גיורא, מלבד ההבדל דבמתנת בריא עסקינן ולא במתנת גר שכיב מרע. הראב"ד השיב - "כך דעתי נוטה דקני ולא מטעמא דבמתנה רצה ליתנם לו, דרב מרי לא קנהו מחמת מתנה.... דא"כ דרב מרי מתנה הוה היכי קנה והא אמרינן מתנת שכיב מרע כירושה דמיא וכל שאינו בירושה אינו במתנה, אלא לאו ש"מ דהודאה גמורה היא כהודאת בריא. הלכך אע"ג דלא הלוח לו כלום, ולא הפקיד אצלו כלום, ושמעון הזוכה מודה בכך, חייב ראובן ליתנם לו כי ההיא

העיטור ז"ל דלא אמרינן הכי אלא בשכיב מרע אבל בבריא לא.

וכ"כ התשב"ץ בח"ג סי' שיט, וז"ל - "אין מטלטלין נקנים בהודאה אלא בשכיב מרע, כי כן כתבו כל הראשונים.

בח"ג סי' שכה הוסיף התשב"ץ - "ההיא דפרק הנושא (דף קא:) חייב אני לך מנה דמשמע דמהני הודאה, לא מוכחא, דבחיוב אני לך ליכא הקנאה, אבל הודאה דהקנאה לא מהניא עד שיאמר בשטר שדי קנויה לך או יכתוב שדי פלונית לפלוני כההיא דפרק השולח וימסור לו השטר".

וכן דעת הרשב"ש בתשובה סי' תקד.

ועיין בשו"ת חמדת שלמה חאה"ע סי' סב ס"ק יב שכתב לבאר - לשון "דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים" שנקטו העיטור הגהות האשרי והרשב"ץ, אין כוונתם לדין הידוע דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמי, אלא זהו לשון מושאל לומר שהיא הודאה גמורה, ואין חשש השטאה כמו שאין חוששין כשעשה קנין, אבל בבריא, כל שלא הודה בשטר, אמרינן שהודה דרך השטאה. וע"ע שם סי' סא סק"י.

ג. שיטת התוס' (בב"מ) הריטב"א וחכמי פרובינציא.

בחידושים המיוחסים לריטב"א עמ"ס ב"מ דף מו. באר שאודיתא הוא קנין היוצר התחייבות, עיי"ש שהביא שיטת החולקים "דלא מהני אודיתא אלא הודאת אמת כשמודה של פלוני הם, והוא אמת". אך הריטב"א חולק, וז"ל - "האי סברא ליתא, מהא דמיייתי פרק הנושא בכתובות פלוגתא דר"ל ור"י ... והכא כיון דמודה מחייב והכא הודאת שקר היא ואפ"ה חייב, שהרי לא היה מלוה עליו שבשבילה יהא זן בתה ואפ"ה חייב ... וכן נראה מדברי רב אלפס שם".

וכן דעת הריטב"א וחכמי פרובינציא המובאים בנימוקי יוסף בב"ב דף קמט, וכן שיטת התוס' בב"מ דף מו. ד"ה וניקנינהו, וכן דעת המאירי עמ"ס קידושין דף כו:.

וכן בספר התרומות שער מב ח"ד ס"ג הביא דעת הראשונים הסוברים שאודיתא אינה רק הודאה אלא קנין, וסיים - "ולפיכך כתבו הודאה בחיבוריהם באחד מדרכי ההקנאות". וכן בעיטור (אות ה' הודאה) כתב - "וכן דעת הגאון שכתב דהודאה כאחד משאר ההקנאות".

בדעת התוס' בב"ב דף קמט. (ד"ה שכיב) נחלקו האחרונים, כמבואר בברכי יוסף חחו"מ סי' מ' סק"ב

הסוגיא בתחילת פרק הנושא בכתובות

במסכת כתובות דף קא: נאמר - "אתמר האומר לחבירו חייב אני לך מנה, רבי יוחנן אמר חייב וריש לקיש אמר פטור". ובהמשך הסוגיא - "הכא במאי עסקינן דאמר ליה חייב אני לך מנה בשטר. רבי יוחנן אמר חייב אלימא מילתא דשטרא כמאן דאמר להו אתם עדי, ריש לקיש אמר פטור לא אלימא מילתא דשטרא". ועיי"ש בהמשך הסוגיא בראיות שהוכיחה הגמרא כשיטת רבי יוחנן, ובסוף הסוגיא העלו שרבי יוחנן סובר כרבי ישמעאל שערב היוצא לאחר חיתום שטרות נידון כערב, ולא ס"ל כבן ננס הסובר שלאחר חיתום שטרות אינה מועילה התחייבותו כערב.

הרי"ף ושאר הפוסקים פסקו כרבי יוחנן.

מצינו שלש שיטות בראשונים בביאור הסוגיא -

א. שיטת רש"י תוס' ר"ד וריא"ז - אדם אינו יכול להקנות או להתחייב בדבר שאינו מחויב בו ע"י דיבור (כגון בהודאת בע"ד), אלא רק באמצעות קנין.

בסוגיא זו הדין הוא בהודאת בעל דין שמודה בחוב שכבר חייב לו, וכתב ההודאה בשטר ומסרה בפני עדים ולא אמר אתם עדי. נחלקו ר"ל ור"י אם יכול לחזור בו מהודאתו, והלכה כרבי יוחנן שאינו יכול מכיון שדינו כאומר אתם עדי.

וכן פרש הר"י מגאש בתשובה סי' קסח (הובאה בברכי יוסף סי' מ') שאין אדם מתחייב אלא ע"י קנין, וכתב שתי דרכים בביאור הסוגיא. דרך אחת כרש"י שהמודה כתב את הודאה בשטר. ודרך שניה שהודה בעל פה ואמר חייב אני לך מנה בשטר "שהוסיף לפרט ולפרש אומרו בשטר כאילו אמר לעדים אתם עדי, ואינו יכול לומר משטה אני בך ... נראה שהוא מודה בבירור בהודאה זו". (וע"ע בש"ך סי' פא ס"ק מט (ד"ה וה"ה) שכתב מדעתו כסברת הר"י מגאש, אך לא באר את הסוגיא על פי חידוש זה).

ב. שיטת ר"ת העיטור הרמב"ן הרשב"א והרא"ה - אדם אינו יכול להתחייב ע"י הודאת בע"ד אלא כשנכתבה בשטר. ר"ת (בתוס' ד"ה אליבא) מבאר - "בשטר גמור שחתמו היטב ... רבי יוחנן סבר אלימא מילתא דשטרא לאקנויי ... הואיל וטרח למיכתב שטרא גמר ומשעבד נפשיה". וכן דעת הרמב"ן הרשב"א והרא"ה שהובאו בשטה מקובצת. והעיטור באות ה' הודאה.

ג. שיטת הרמב"ם הרמ"ה והריטב"א - אדם יכול לחייב עצמו דאם אומר בפני עדים אתם עדי שאני חייב לפלוני מנה או כשאומר בפניהם חייב אני לך מנה בשטר, בכך נוצרת התחייבות אף שמעולם לא התחייב לו מנה. כן כתבו הרמב"ם (הלכות מכירה פי"א הט"ו) והרמ"ה (המובא בטור סי' מ). וכן עולה מדברי חידושי הריטב"א עמ"ס ב"מ דף מו שהובאו לעיל.

וכן נראה מפשטות לשון רי"ף שכתב - "שמעינן מהני כולהי, דפלוגתא דרבי יוחנן וריש לקיש במאן דקביל על נפשיה מילתא דלא הוה מיחייב בה". וכן כתבו הר"ן וחידושי הריטב"א בב"מ (דף מו) בדעת הרי"ף. אלא שהרמב"ן פרש שיטת הרי"ף שהודה בשטר וכשיטת ר"ת.

היחס בין סוגית איסור גיורא לסוגיא בכתובות

יש מקום לדון מהו היחס בין שתי הסוגיות. עיקר הדין הוא לשיטה השלישית בסוגית איסור גיורא, האם הסוגיא בכתובות דנה באותו ענין והיא משלימה את סוגית איסור גיורא. דהיינו, בסוגית איסור גיורא התחדש קנין אודיתא, ובסוגיא בכתובות התבארה הדרך להשתמש בקנין זה. ולפי זה הסוגיא בכתובות תתפרש על פי פירושה של הרמב"ם והרמ"ה, ונבאר שדברי הרמב"ם והרמ"ה באו להגדיר את קנין אודיתא.

את קנין אודיתא, אין לנו מקור בש"ס שאדם יכול להתחייב ולשעבד עצמו בלא קנין אלא בדיבור בלבד. אך אדם יכול להקנות בדיבור התואם את כללי הודאת בעל דין.

דעת הסוברים שהסוגיא בב"ב אינה קשורה לסוגיא בכתובות

בספר התרומות שער מב ח"א סעיף ט' כתב - "היהא דהנושא לאו הודאה היא אלא חיוביה הוא דקא בעי לחיובי נפשיה, כדמבורר בהלכות הרב ז"ל וכמוהו פסק הרב ר' משה שאע"פ שלא אמר להם אתם עדי והעדים יודעים שאין לו אצלו כלום חייב, שהרי גמר ושעבד נפשיה, וכן הורו המורים".

ולעומת זאת הסוגיא בב"ב עוסקת בהודאה.

וכן התשב"ץ בח"ג סי' שכה בתוך דבריו ששלל את קנין אודיתא כתב - "והיהא דפרק הנושא (דף קא:) חייב אני לך מנה דמשמע דמהני הודאה, לא מוכחא, דבחיוב אני לך ליכא הקנאה, אבל הודאה דהקנאה לא מהניא עד שיאמר בשטר שדי קנויה לך או יכתוב שדי פלונית לפלוני כהיהא דפרק השולח וימסור לו השטר".

אמנם מדברי ספר התרומות הנ"ל והתשב"ץ היה מקום לומר שהסוברים את קנין אודיתא מפרשים את הסוגיא בכתובות כסוגיא העוסקת בקנין אודיתא, ואילו החולקים על קנין אודיתא בהכרח פרשו את הסוגיא בכתובות שעוסקת בדרך שאדם יכול לחייב עצמו.

אך מדברי המשכנות יעקב חח"מ סי' נד עולה שאין קשר בין שתי הסוגיות ואף אם נסכים עם קנין אודיתא, הסוגיא בכתובות בהכרח מתפרשת כעוסקת בדרך שאדם מחייב עצמו, וכן יתפרשו דברי הרמב"ם בפרק יא מהלכות מכירה הט"ו, ודלא כדרכו של הקצות החשן.

המשכנות יעקב כתב - "גם עיקר דברי הקצות החשן שרצה לפרש דעת הרמב"ם מטעם אודיתא ודוקא בלשון הודאה על העבר, וזה תימא שהרי הרמב"ם כתב, הביאו הטור סי' מ', שאם כתב לו בשטר הריני חייב לך כו' או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך כו' ולישנא דהרי ודאי לישנא דלהבא משמע, כמו שמבואר בגיטין ריש פרק השולח הרי הוא בטל מאי, ואמר מ"ש מהרי הוא הקדש הרי הוא הפקר כו', וכתב שם רש"י ז"ל אלמא לישנא דלהבא משמע פ"י שיהא הקדש או הפקר, וה"נ הריני חייב מכאן ולהבא משמע, ופירושו מתחייב ואין במשמעו כלל לשון הודאה שהוא חייב מכבר. וזו ראייה ברורה שלא כדברי הקצות החשן".

וכן תמה המשכנות יעקב על הקצות החשן מדברי הטור סי' ס' שכתב "הווי עלי עדים שאני מתחייב עתה בכך וכך מידות של פירות", הרי להדיא אף שאמר הריני מתחייב מהני אתם עדי, ודברי הטור מקורם בשיטת הרמב"ם הנ"ל.

וכן משמע ממה שהקשה הר"ן בריש פרק הנושא על שיטת הרמב"ם מהא דבעינן קנו מידו בשומר המתחייב

או שיש לומר שכל אחת מהסוגיות עוסקת בענין אחר, סוגית איסור גיורא חידשה (אליבא דהשיטה השלישית לעיל) את קנין אודיתא, ואילו בסוגיה בכתובות הדין (אליבא דשיטת הרמב"ם והרמ"ה) כיצד אדם יכול להתחייב ולשעבד עצמו בחוב שעדיין אינו חייב בו. ולפי דרך זו אין הכרח שהרמב"ם והרמ"ה יסכימו לקנין אודיתא, ויתכן שיפרשו סוגית איסור גיורא כאחת מהשיטות האחרות.

לכאורה נראה מתחילת הסוגיא בכתובות דעסקינן בגדרי הודאת בעל דין, ולכן מהני כשאומר אתם עדי. ולפי זה יש מקום לפרש שסוגיא זו משלימה את קנין אודיתא הבנוי על גדרי הודאת בעל דין.

ואילו בהמשך הסוגיא, וכן במסקנא שהעלו לתלות את מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש במחלוקת רבי ישמעאל ובן ננס שנחלקו בערב היוצא לאחר חיתום שטרות, מוכח שבגדרי התחייבות עסקינן ולא בגדרי הודאת בעל דין.

ונראה שנחלקו ראשונים בשאלה זו -

הסוברים ששתי הסוגיות משלימות זו את זו

בספר העיטור (אות ה' הודאה) כתב - "והא דאמר הודאה בפני שנים לא שנא דאודי במידי דמיחייב בה ולא שנא אודי במידי דלא מיחייב אלא דיהיב ליה במתנה, הוה ליה כמאן דאמר נתתי שדה פלונית לפלוני וקנה. כהיהא דכתובות חייב אני לך מנה בשטר רבי יוחנן אמר חייב, וכגון הא דאיסור דאמרינן ולודי איסור דהלין זווי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא. וכן דעת הגאון שכתב דהודאה כאחד משאר ההקנאות". (בהמשך דבריו בעל העיטור חולק על שיטה זו, וכמו שהובא לעיל).

וכן הביא שיטה זו בספר התרומות שער מב ח"ד ס"ג בשם הראשונים שאדם יכול להודות בדבר שאינו חייב אלא מתחייב ע"י הודאה, "וכגון חייב אני לך מנה בשטר דאמר רבי יוחנן חייב, וכגון הא דאיסור שכתבנו".

הרי שלדעה זו הסוגיא בכתובות משלימה את הסוגיא של איסור גיורא, וכדרך הראשונה שכתבנו.

וכן מבואר מדברי חידושי הריטב"א עמ"ס ב"מ דף מו (דבריו הובאו בקיצור בנימוקי יוסף בב"ב בסוגית איסור גיורא), שהוכיח מהסוגיא בכתובות כנגד החולקים על קנין אודיתא. אילו סבר הריטב"א שבסוגיא בכתובות הדין הוא באדם המשעבד עצמו ולא בקנין אודיתא אין מקום לדחות מכח סוגיא זו את החולקים על קנין אודיתא, שהרי יתכן שאין ההודאה יוצרת קנין אך עכ"פ אדם יכול לשעבד את עצמו בדרך המבוארת בסוגיא בכתובות.

וכן דעת הכסף משנה (פרק יא מהלכות מכירה הט"ו) בדעת הרמב"ם, עיי"ש שעל דברי הרמב"ם שפסק כשיטת רבי יוחנן בכתובות (וכפרושו של הרמב"ם שהובא לעיל), הביא הכסף משנה את הסוגיא של איסור גיורא כמקור לדברי הרמב"ם.

וכן הקצות החשן בסי' מ' האריך לבסס שיטה זו, ולפי דרכו מכיון שהסוגיא בכתובות מתפרשת כסוגיא המבארת

לשיטת הקצות ישנם שני הבדלים מהותיים בין הודאת בעל דין לאודייתא.

דין הודאת בע"ד יסודו כנאמנות מדאורייתא, הנלמדת מהפסוק "כי הוא זה".

ולעומת זאת אודייתא היא קנין. ולכן בהודאת בעל דין אדם נאמן למפרע כנאמנות של עדים, אבל באודייתא הקנין נוצר מכאן ולהבא.

לעומת הודאת בעל דין שהיא מדאורייתא, קנין אודייתא הוא מדרבנן, כמבואר בקצות החשן סי' קצד סק"ד. שיטתו זו אינה נובעת מהאמור לעיל בשיטת הקצות בדין הודאת בעל דין ואודייתא, אלא מכח דברי התוס' בב"ק דף קד: סד"ה אגב, וכן דעת המחנה אפרים (הלכות קנין משיכה סי' ב). אבל החתם סופר חיו"ד סי' שיד (ד"ה והנה גם) השיג על הקצות החשן בזה ומסקנתו שקנין אודייתא הוא מהתורה וכ"כ הנתיבות בסי' ס' ס"ק יז.

לשיטת הקצות, הסוגיות בכתובות קא: ובב"ב קמט. משלימות זו את זו, ומהן עולה שקיים דין נוסף והוא קנין אודייתא הבנוי על הודאת בעל דין. עיקר הדין שקיים קנין כזה התבאר בסוגיא בב"ב, ואילו בסוגיא בכתובות (אליבא דשיטת הרי"ף והרמב"ם) התבאר שלא בכל הודאת בע"ד קיים קנין זה, אלא דוקא כשהודה ואמר אתם עדי, ואה"נ אף באודייתא דאיסור גיורא צ"ל דהודה בפני עדים ואמר אתם עדי (קצות החשן סי' פא ס"ק יט).

לשיטת הקצות ישנם כמה תנאים להחלת הקנין -

א. שיוודה בהודאת המועילה בהלכות הודאת בעל דין, ולכן נוסח הודאתו צריך להיות דוקא בלשון עבר ולא יועיל אם יאמר שמודה שישלם לפלוני (סי' מ' סק"א), וכן לא יועיל במקום שחב לאחרים (סי' צט סק"ב). סברת הקצות התבארה בחידושי ר"ש שקופ עמ"ס ב"ב סי' כו - "קנין אודייתא הוא רק דכיון שהועילו דבריו לגבי בי"ד משום נאמנות, מה"ט חשבו חז"ל ענין זה כהקנאה שגומר ומקנה שיוודע שדבריו יועילו שאם ירצה חבירו יזכה הדבר בבי"ד, אבל אם אינו נאמן לא הועילו דבריו כלום ואין כאן שום הקנאה".

החזו"א חולק על קצות החשן, החזו"א בחחו"מ (סנהדרין סי' יז ס"ק יג) כתב - "ונראה דהודאה חשיבא קנין אף שחב לאחרים וכמ"ש תוס' בב"ב דף מד: בשם ר"ת דע"י הודאה שיש לו קרקע משתעבד מטלטלין אגב קרקע אע"פ שאין לו קרקע, והתם ענין שעבוד הוא לגבות מיורשים ומלקוחות, דמינייה אין צריך שעבוד, ומ"מ מהני הודאה".

אלא שדברי החזו"א אינם מתיישבים עם דבריו שכתב בב"ב סי' יח ססק"ו שקנין אודייתא נאמר רק כשאינו חב לאחרים (דבריו הובאו להלן), וצ"ע.

בספר ישועות ישראל (סי' ס' ס"ק יב) הוסיף נקודה נוספת, וכתב - "דוקא כשמודה שהחפץ הוא של חבירו כיון דמדין תורה הודאת בעל דין כמאה עדים, תקנו חכמים גם במקום שמשקר דמהני מטעם קנין. אבל כשאומר הריני מקנה לך בקנין אודייתא, אין זה אודייתא כלל, שהרי אין זה

ביותר ממה שחייבתו תורה, הרי שנקט שהרמב"ם איירי בהתחייבות חדשה. וכן נראה מפשטות לשון הרמב"ם בפ"א ממכירה הט"ו במש"כ "המחייב עצמו במזון לאחר בלא תנאי ... הרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב". מההשוואה לערב מוכח שאין זה קנין אודייתא, שביחס לקנין אין צורך להוכיח הלכה זו מערב שהתחייבותו אינה קשורה לקנין אודייתא ואינה זקוקה לנוסח של הודאת בע"ד ומועילה אף כשחב לאחרים. ועוד שלא מצינו שא"א להתנות תנאים בקנינים, (וע"ע במעדני ארץ שביעית סי' יט במש"כ אם מועיל תנאי באודייתא).

וכן נראה בדעת הש"ך שפרש את דברי הרמב"ם כשיטת המשכנות יעקב, עיין ש"ך סי' ס' ס"ק כו, סי' מ' סק"ד וסי' פא סק"ו וסק"ג.

מכל האמור עדיין אין הכרח שהרמב"ם אינו סובר את קנין אודייתא, אלא יש מקום לערער על דברי הקצות שפרש את הרמב"ם בהלכות מכירה כעוסקים בקנין אודייתא על פי דברי התשב"ץ (שהבאנו לעיל) שהוכיח בדעת הרמב"ם בכמה מקומות דס"ל שאין קנין אודייתא. ולפי האמור אין מקום למש"כ הקצות בסי' קצד סק"ד לסתור את דברי התשב"ץ מכח דברי הרמב"ם הנ"ל בהלכות מכירה שהרי הרמב"ם חידש דרך המועילה כהתחייבות ולא דין קנין אודייתא.

וכ"כ באבן האזל הלכות מכירה פי"א הט"ו בדעת הרמב"ם דלא ס"ל קנין אודייתא. וע"ע ברמב"ם פ"א ממכירה ה"א דמוכח כן ממש"כ "המקח אינו נקנה בדברים ... הוא עלינו עדים שמכר", עיי"ש דמשמע דבכל גווני אינו נקנה בדברים אף בכה"ג שירצו להקנות באמירה זו לעדים, ואילו לכס"מ והקצות צריך להועיל מדין קנין אודייתא, וע"ע באבן האזל במש"כ בתחילת הלכות מכירה.

וכן נראה בדעת הרמ"ה שלדעתו הסוגיות אינם קשורות זו לזו. בדבריו שהובאו בטור סי' מ' מבואר שפרש את הסוגיא בכתובות כדעת הרמב"ם, ואילו את הסוגיא של איסור גיורא פרש כשיטת הרשב"א בתשובה כמבואר בדבריו בספרו יד רמ"ה, הרי שלמרות שאינו סובר קנין אודייתא, פרש שהסוגיא בכתובות עוסקת בדרך שאדם יכול לחייב עצמו.

וכן דעת הנתיבות סי' מ' שאין לקשר בין שתי הסוגיות, ולדעתו כו"ע סוברים את קנין אודייתא, ואילו על שיטת הרמב"ם בסוגיא בכתובות נחלקו הרבה ראשונים.

אלא שיש להעיר על מה שסתם הנתיבות כדבר פשוט - "באודייתא כו"ע מודי דיכול להקנות, כדמוכח בב"ב גבי איסור גיורא וכ"כ הנמוקי יוסף". ולפי המבואר לעיל הרבה ראשונים חולקים, ואף הנתיבות בספרו מקור חיים סי' תמח סק"ה פסק כן, עיי"ש.

קנין אודייתא לשיטת קצות החשן

עיין בקצות החשן סי' לד סק"ד, סי' מ' סק"א, סי' קצד סק"ד, סי' פא ס"ק יט וסי' צט סק"ב.

משמע מפשטות השו"ע סי' פא סעיף כ' והסמ"ע שם, וכן עולה מדברי התומים סי' פא סק"ב.

וכ"כ בשו"ת בית שלמה חאו"ח סי' סה - "נהי דאודיתא הוי קנין, מ"מ קנין בלי כוונה לא מהני, כמו עודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו (יבמות נב)", ובהמשך דבריו מבואר דסגי בכוונת מקנה ואף שאין כוונת הקונה לקנות אמרינן דעת אחרת מקנה. ובספר ישועות ישראל סי' מ' דעתו דלא סגי בכוונת הקנאה של המקנה להקנות אלא יש צורך גם כוונת הקונה לקנות. עיי"ש בסק"ב שהוכיח כן מדברי הר"ן בגיטין פרק התקבל (דף ל: בדפי הרי"ף ד"ה אמר).

בקצות החשן סי' קצד סק"ד מבואר שחוב אינו נקנה באודיתא, אע"פ שודאי אדם יכול להודות בהודאת בע"ד שהחוב שהוא חייב לפלוני הוא חייב אף לאדם אחר, מ"מ לא נוצר קנין אודיתא מכיון שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. הרי לדעת הקצות קנין זה בנוסף על היותו כפוף לגדרי הודאת בעל דין, הוא כפוף לגדרי קניינים.

בשואל ומשיב מהדורא תליתאי ח"ג סי' יא השיג על הקצות החשן, וז"ל - "כל שאתה אומר שבהודאתו הפקירו חז"ל את מעותיו ועשו שאינו זוכה כזוכה, א"כ ממילא נקנה לאחר, אף בחוב בעל פה. דאטו עושה קנין בחפץ ע"י ההודאה, רק שנעשה כאילו היה שלו, וא"כ גם בחוב בעל פה מועיל זאת". הרי שלדעת השואל ומשיב קנין אודיתא הוא אינו קנין באמצעות ההודאה אלא קנין הנובע מכח ההודאה.

הקצות החשן דן קנין זה כהקנאה בהתאם לגדרי הקניינים, ואילו השואל ומשיב טוען דמכיון שהזכיה היא מדרבנן שעשו שאינו זוכה כזוכה מנלן לחדש ולהוסיף שזכיתו כפופה לגדרי ההקנאות שאדם מקנה ע"י קנין בפועל.

וכן החזו"א חולק על הקצות החשן, וז"ל בחלק חו"מ עמ"ס ב"ק סי' יח סק"ו - "נראה דההודאה מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו. דהודאה אינה קנין, אלא כח הדין לדון ע"פ הודאתו כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו, וזהו שקראוהו הפוסקים קנין אודיתא, וא"כ הדין נותן דמהני אפילו בדבר שאינו ברשותו, והראוני שכן הוא בהדיא ברמ"ה ב"ב דף קמט. בסוגיא דשכיב מרע שהורה, (ובקצות החשן סי' קצד סק"ב לא כתב כן)".

אלא שהחזו"א סובר כתשובת הרשב"א שאודיתא דאיסור גיורא היא נאמנות בלבד, ולא קיים קנין אודיתא כקנין בפני עצמו אלא שלדעתו גם הפוסקים שנקטו בלשונם "קנין אודיתא" ס"ל כתשובת הרשב"א. וע"כ צ"ל לומר כן בדעת החזו"א שהרי הסתמך בדבריו על היד רמ"ה, ושם מבואר שאודיתא דאיסור גיורא היא הודאה ולא הקנאה. ולפי זה החזו"א חולק גם על עיקר דינו של הקצות החשן שאפשר למכור חמץ בקנין אודיתא.

מודה כלל שהרי אמר שמקנה לו עתה בקנין אודיתא א"כ אין זו הודאה כלל, וזה פשוט מאד".

ב. שיוודה בפני עדים, אע"פ שבכל קנין לא איברו סהדי אלא לשקרי, מ"מ באודיתא אין חל קנין בלא עדים, וכן מבואר בחידושי הריטב"א עמ"ס ב"מ דף מו. וכן ברע"א שם, ובמהרש"א עמ"ס גיטין דף יג: ובשו"ת חמדת שלמה חאה"ע סי' סב סק"ט. ודלא כנתיבות המשפט סי' מ ססק"א שהוכיח מתוס' שהקנין חל בלא עדים.

הסברא דבעינן עדים מבוארת בספר מעדני ארץ שביעית סי' יט וז"ל - "כל שלא הודה בפני עדים נמצא שלא נעשה עדיין שום פעולה מוכחת על בעלות אחרים, כיון דאי ליכא סהדי לא יוכל כלל הלה לתבעו לדין ולזכות בממונו מחמת ההודאה ומשום הכי אין זה חשיב כלל קנין".

וע"ע בשו"ת בית שלמה חאו"ח סי' עב - עג, שגם אם אין עדים אלא המוכר הודה בכתב ידו מהני, דכתב ידו כמאה עדים. ולהמבואר י"ל דבכה"ג שאפשר להוכיח את ההודאה בבי"ד וכן אינו יכול לטעון טענת השטאה או שלא להשביע את עצמי כמבואר בשו"ע סי' פא סי"ז, יש בזה מעשה המוכיח הקנאה וגמר ומקנה.

ג. שיאמר אתם עדי, כמבואר בסוגיא בכתובות. וכן הבין הקצות החשן סי' פא ס"ק יט בדעת הש"ך סי' פא סק"ג. הסמ"ע סי' פא ס"ק מו סובר דלאו דוקא אתם עדי אלא ה"ה כשהודה בדרך הודאה גמורה דלשיטת הרמב"ם דינה כאמירת אתם עדי אבל אם הודה בפני עדים בכה"ג שיכול לטעון טענת השטאה אין יכול לחול קנין וגם כשיודע שלא כיון להשטאה אינו חייב לשלם אף בבא לצאת ידי שמים, כמבואר מדברי הסמ"ע סי' פא סק"ב. ודעת התומים סי' פא סק"ב שהביא רע"א בגיליון שו"ע סי' מ' והנתיבות סי' מ' סק"א שאם הודה שלא בדרך השטאה אלא התכוון להתחייב בהודאתו חל הקנין, אלא דמכיון שלא אמר לעדים אתם עדי יכול להכחיש ולכפור בהקנאה, אבל בבא לצאת ידי שמים חייב לשלם.

ועיין באמרי בינה (דיני טו"ט סי' יח) שדחה את דברי התומים, ולשיטתו כשיש אפשרות לבטל את ההודאה בטענת השטאה, אף אם התכוון להתחייב לא חל החיוב מכיון דלא סמכה דעתו של הקונה, "ולא עדיף מקנין במקום דלא סמכה דעת הקונה". ולכן העלה דלרמב"ם אינו זוכה אלא כשהנתבע אומר אתם עדי או באומר שחייב בשטר דאלימי מילתא דשטרא.

יתרה מזו כתב האמרי בינה שאפילו אם התובע אומר מנה לי בידך והנתבע אומר הן, ואמר התובע לעדים אתם עדי, שבהלכות הודאת בעל דין יש כאן הודאה גמורה, כמבואר בסי' פא סעיף ז', ואינו יכול לטעון טענת השטאה, מ"מ אין כאן מצד המתחייב לשון התחייבות מכיון שלא אמר בעצמו אתם עדי, ובכה"ג אינו מתחייב.

ד. קנין אודיתא אינו קנין הנובע מכח ההודאה, אלא קנין באמצעות ההודאה, ולכן צריך שהמקנה יכוון להקנות, כן

קנין אודיתא אליבא דשיטת המהריב"ל

לעומת הקצות החשן שהבין שדין אודיתא הוא דין נוסף הבנוי על הודאת בעל דין, המהריב"ל הבין שישנם שני מושגים זהים. והסוגיא בכתובות באה לאחד את קנין אודיתא עם גדרי הודאת בע"ד.

אך יש לדון האם ההודאה היא קנין אודיתא במשמעות של קנין ממשי, כדוגמת הנותן מתנה לחבירו, וכמו שהבין הקצות החשן את קנין אודיתא. או שאודיתא משמעותה התחייבות והשתעבדות לשלם, על פי הדרך המבוארת ברמב"ם הלכות מכירה (שהובא לעיל) והשו"ע סי' מ' אליבא דבמשכנות יעקב ואבן האזל.

ישנה חשיבות לדיון זה בשיטת המהריב"ל, האם המהריב"ל מצטרף לדעת הסוברים שקיים קנין כזה, וכן אותם אחרונים הסוברים במקצת כמהריב"ל (רק במודה מחוץ לבי"ד או בהודאה מעצמו) האם בהכרח סוברים את קנין אודיתא.

מלשונו של המהריב"ל משמע כאפשרות הראשונה שכתבנו, שהרי המהריב"ל כתב - "יראה לי דמה שהוא חייב הווי מטעם מתנה". ואח"כ הביא את דברי בעל התרומות שהביא את הסוברים שאודיתא היא קנין, וכתב בתוך דבריו - "וכן הורו הגאונים שכתבו הודאה בחבוריהם באחד מדרכי ההקנאות".

אלא שעכ"פ המהריב"ל אינו מסכים לפרטי הדינים שכתב הקצות בקנין אודיתא. הקצות סובר שיש צורך בעדים ובאמירת אתם עדי, ובלא"ה לא יכול לחול הקנין. אך המהריב"ל ע"כ סובר כשיטת התומים סי' פא סק"ב שהובא לעיל, שאין צורך באתם עדי על מנת ליצור את קנין אודיתא, ולכן בכל מקום שההודאת בע"ד הועילה, התועלת היא בכך שנוצר חיוב.

ולשיטתו, אתם עידי שהוזכר בגמ' בכתובות דף קא:, לאו דוקא, וה"ה בכל מקום שאינו יכול לטעון טענת השטאה או טענת שלא להשיבע עצמי הודיתי, ממילא חל קנין אודיתא. והקצות בסי' לד שתמה על המהריב"ל, וס"ל שאין קנין בלא אתם עידי, הקצות לשיטתו בסי' פא ס"ק יט שנקט כדעת הש"ך שם (הש"ך שם חלק על הסמ"ע וכ"ש שחולק על התומים).

אלא שבספר שערי תורה שהבאנו בתחילת הדברים הבין בדעת המהריב"ל שהודאת בעל דין יוצרת התחייבות בלבד, וכאפשרות השניה שכתבנו.

וכן מבואר בפני יהושע בחידושו על הטור סי' מ' ובחידושו לכתובות דף קב., עיי"ש שפרש את הסוגיא בכתובות שדנה כיצד אדם מתחייב, ולשיטת הרמב"ם יכול להתחייב באמירת הווי עלי עדים, והתחייבות זו אינה כפופה לגדרי הודאת בעל דין, מ"מ מכיון שלדעתו הודאת בע"ד מחוץ לבי"ד היא התחייבות כסברת המהריב"ל, באר שהודאות בע"ד והתחייבות הם שני עניינים המלמדים זה על זה, וה"ל - "דשעבוד חדש והודאה חדא מילתא היא, דטעמא

דחיוב הווי נמי משום הכי דכיון שאמר בלשון חייב אני לך הודה על עצמו שמחויב לעשות כך וכך ... כיון שאמר בזה הלשון של חיוב אנו סהדי דגמר ומקני, ומשום הכי מהני אפילו בדיבור". לשיטתו שיטת רש"י והרמב"ם בסוגיא קרובות בסברתם אלא לרש"י יש צורך בלשון הודאת בע"ד משא"כ לרמב"ם, ורק לר"ת ל"מ אלא בשטר.

סיכום הדעות בשאלה אם קיים קנין אודיתא או שקיימת רק נאמנות**סיכום דעת הראשונים**

לדעת הסוברים שהסוגיות בב"ב ובכתובות אינם קשורות זו לזו, ישנה מחלוקת שקולה בראשונים האם קיים קנין אודיתא.

יש סוברים שקיים קנין אודיתא, - כן דעת הריטב"א וחכמי פרוניציא, וכן דעת הגאון שהביאו בעל העיטור ובעל התרומות, וכן דעת התוס' בב"מ דף מו. והמאירי במסכת קידושין דף כו: .

ויש חולקים וסוברים שקיימת רק הודאת בעל דין כנאמנות, כן דעת הרשב"א בתשובה, הרשב"ם הראב"ד וספר התרומות. וכן דעת העיטור האור זרוע התשב"ץ והרשב"ש שהודאת בריא אינה הקנאה, ורק בגר שכיב מרע תקנו שזו הקנאה.

אבל לדעת הסוברים שהסוגיות בב"ב ובכתובות משלימות זו את זו, וכמו שהתבאר לעיל, רבו החולקים על קנין אודיתא.

אמנם הרמב"ם והרמ"ה, וכן הרי"ף אליבא דכמה ראשונים, יסברו את קנין אודיתא, מ"מ רוב הראשונים חולקים עליהם בפירוש הסוגיא בכתובות. ולמרות שמהסוגיא לכאורה משמע שדנים בקנין מחודש, רוב הראשונים נטו מפירושו של הרמב"ם, ומשמע דלא ס"ל כן. ולכן רש"י תוס' רי"ד הר"י מגאש ורי"א ז, וכן ר"ת הרמב"ן והרא"ה מצטרפים לדעת החולקים על קנין אודיתא.

סיכום דעת האחרונים

יש שכתבו כדבר פשוט שיש קנין אודיתא - כן כתב החכם צבי סי' טז, וכן כתב הנודע ביהודה מה"ק חחור"מ סי' ל', וה"ל - "מלשון הגמ' וליקנינהו באודיתא משמע שההודאה הוא הקנין בעצמו ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר הקנה לו אלא שזה הקנין בעצמו, כאשר לדעתנו הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה, ונכסי איסור יוכיחו". וכן סתמו הב"י בתשובת אבקת רוכל והרדב"ז שהביא הברכי יוסף סי' מ'.

וכן יש לצרף לזה את המהריב"ל וסייעתו דס"ל שכל הודאה היא קנין. ולעיל התבאר שיש שפרשו בדעת המהריב"ל שהודאה היא התחייבות בלבד.

בקצות החשן בסי' מ' האריך לבסס את קנין אודיתא ובסי' קצד סק"ד הסתמך על קנין זה אפילו במכירת חמץ, אך

וכן הנתיבות, למרות שבסי מ' ובסי ס' כתב שיש קנין אודיתא מהתורה, בספרו מקור חיים סי' תמח סק"ה פסק שאינו מועיל כקנין במכירת חמץ.

וע"ע בשו"ת שאילת יעב"ץ ח"ב סי' כב שדחה דברי אביו החכם צבי, וכן בשואל ומשיב מהדורא תליתאי ח"ג סי' יא תמה שהחכם צבי סתם בפשיטות שקיים קנין אודיתא והתעלם מהרבה ראשונים החולקים בזה. וכן בשו"ת ברכת יוסף השיג על הנודע ביהודה דאישתמיטתיה דברי הרשב"א בתשובה הסובר שהודאה היא נאמנות בלבד.

והחזו"א (ב"ק סי' יח סק"ו) כתב - "הודאה אינה קנין, אלא כח הדין לדון ע"פ הודאתו כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו, וזהו שקראוהו הפוסקים קנין אודיתא".

לפי המבואר לעיל לפי דרכו של הקצות שהסוגיות בב"ב ובכתובות משלימות זו את זו ושתי הסוגיות עוסקות בקנין אודיתא, הרי שרבו הראשונים החולקים על קנין אודיתא. וכ"כ בספר אמרי בינה הלואה סי' טז, וז"ל - "אחרי שעיינתי בדברי הפוסקים ובעה"ת ראיתי שרוב הפוסקים ממש רובא דמינכר ס"ל דרק מטעם הודאת בע"ד הוא ומחזקין הודאתו יותר ממאה עדים דמכבר היה שלו ויש לי להרהר טובא בדברי קצות החשן". ובסוף הסי' סיים האמרי בינה - "ובלי ספק דדעת השו"ע אינו נגד רוב הראשונים הסוברים שהודאה לאו הקנאה היא, דלא יסתום להוציא ממון כנגדם, ועיין בספר בני יעקב (דף ק') שהאריך לבאר דדעת רובא דרובא דרבוותא הודאה לאו הקנאה הוא כלל". וכן מסקנת הברכי יוסף סי' מ' סק"ב, וכן העלה בשו"ת רב פעלים ח"ב חאה"ע סי' יד בדעת הרמב"ם והשו"ע.

סימן יז

פרשנות הסכם שקיימות שתי דרכים לפרשו

כד טבת תשס"ב

לאחר העיון בטענות הצדדים, פסקנו שמאחר וסעיף 2 להסכם קובע דברים ברורים, הרי שגם אם היה מקום להבין את התשריט בדרכים שונות, מ"מ במידת האפשר, יש לפרש את התשריט בהתאם למפורש בהסכם. רק כשקיימת סתירה ברורה ובלתי ניתנת ליישוב בין העליון לתחתון, התחתון קובע ולא העליון.

שנינו במשנה במסכת בבא בתרא דף קסה: - "כתוב בו מלמעלה מנה ומלמטה מאתים, מלמעלה מאתים ומלמטה מנה, הכל הולך אחר התחתון".

ובספר אור זרוע ח"ג (פסקי בבא קמא סי' ש') כתב - "ואי קשיא ההיא דגט פשוט הכל הולך אחר התחתון, שאני התם דאי אפשר לקיים את שניהם ותלינן דשגה בחשבון ראשון ולכך חזר וכפל את לשונו, דבהא עבידי אינשי דטעו".

וכן באר בב"י חו"מ סי' מב - "הכל הולך אחר התחתון, כלומר משום דאיכא למימר חזר בו מן העליון", וכן בפרישה סק"ח. ובשו"ע חלק חושן משפט סי' מב סעיף ה' פסק - "היה כתוב בו למעלה דבר אחד, ולמטה דבר אחר, ואפשר לקיים (שניהם), מקיימים אותם. אבל אם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה מנה, ולמטה מאתים, או איפכא, הולכים אחר התחתון".

הסמ"ע בסק"י כתב - "בד"מ נתבאר דאפילו אם הקיום הוא בדוחק מכל מקום מקיימים, משום דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תוך כדי דיבור, עכ"ל". אך הש"ך סק"ט דחה דבריו, וכתב - "וליתא כן בד"מ, רק שכתב בד"מ בשם תשובת מיימוני [סוף הל' מלוה סי' ס"ט] דהיכא דאפשר לקיים אפילו היכא דשתי הלשונות מרוחקים זו מזו מקיימים אותן, וכל שכן היכא דסמיכי אהדדי, דלאו אורחא הוא

בפני בית הדין תביעות בין שני צדדים א. ו-ב. הנושא העומד לדיון הוא בירור ופירוש ההסכם שנחתם בין הצדדים, והנושא את הכותרת "הסכם שיתוף" שנחתם ביום כ"ז אב תשנ"ח.

א. שהוא הוא המוכר, מכר שטח מסויים בגג שהיה ברשותו, לקונה ב. בסעיף 2 להסכם נכתב בלשון זו - "מוסכם בזאת בין הצדדים כי הנכס כולו והמבנה המצוי עליו, לרבות זכויות בניה, יהיו בחזקתו הבלעדית של א., למעט חלק מגג המבנה בשטח של 102 מ"ר (כמתואר בתשריט המצורף בזה) המצוי במפלס העליון של המנה אשר יהיה בחזקתו הבלעדית של ב.".

להסכם צורף תשריט, ועותק ממנו בתיק בית הדין. בתשריט צויין שטח מסויים כשטח אותו קנה ב. מהמוכר ומצוייר בצורת מלבן אדום, על גבי השרטוט.

כעת נחלקו הדעות בין הצדדים. המוכר טוען שמכר גג בשטח של 102 מ"ר כמפורש בהסכם. והקונה טוען שאמנם כך נכתב בסעיף 2 להסכם, אך מהתשריט עולה כי השטח המצויין כשטח הנמכר לקונה הוא בשטח של 117 מ"ר. לטענתו חתימת הצדדים על התשריט בסמוך למספר 117 הרשום בתשריט מוכיחה את טענתו. ומבקש שביה"ד יקבע שקיימת סתירה בין הקבוע בסעיף 2 לבין הקבוע בתשריט, ולפסוק כמבואר בשו"ע חו"מ סי' מב ס"ה שאם יש סתירה בין עליון לתחתון, הולכים אחר התחתון.

עו"ד ג. שערך את ההסכם העיד בבית הדין והבהיר כי שירטט את המלבן האדום במטרה לציין את השטח הנמכר לקונה, וכי המספר 117 לא נרשם על ידו אלא על ידי המשרטט שהכין את התשריט ללא קשר לעיסקה.

המהרשד"ם בלשון זו - "שהרי כתב מהררי"ק ז"ל בתשובה דעליון עיקר. והא דאמרינן דתחתון עיקר היכא שא"א לקיים שניהם אבל היכא דיש לפרש תחתון כעליון עליון עיקר, וה"נ יש לפרש "ואם לא יפרע" שר"ל ואם לא יתברר שפרע אז חייב, דאעפ"י שהוא קצת דוחק יש לנו לפרש כדי לקיים העליון".

וכן פסקו למעשה כדעת מהררי"ק בשו"ת גינת ורדים אחר"מ כלל ג' סי' לח ובשו"ת צמח צדק סי' כב.

נחזור למקרה שלפנינו. אילו היינו קובעים לתת לנספח מעמד של "תחתון" ואת סעיף 2 לדון כ"עליון", היה מקום לבחון האם ניתן לפרש את התחתון בהתאם לקבוע בעליון, וכל עוד ניתן לבארו כך, הרי שלעליון מעמד עודף כמקור פרשנות של האמור בתחתון. אך במקרה זה, התשריט צורף כנספח להסכם, וסעיף 2 מציין את קיומו של התשריט. במקרה כזה קשה להעלות על הדעת שכוונת הנספח לחזור מהאמור בגוף ההסכם. אמנם בהלכה המבוארת במשנה במסכת בבא בתרא נקטינן שאם אין ניתן ליישב את הסתירה בין העליון לתחתון אנו מניחים שהסופר חזר בו בעת כתיבת התחתון, וכמבואר באור זרוע ובי" ובשאר הפוסקים. אבל במקרה שבפנינו שהעליון גופו מציין לתחתון, אין מקום לטענה שהסופר חזר בו, ובהכרח שיש לבחון כל דרך ליישב ולבאר את התחתון בהתאם לעליון, ובהתאם לשיטת המהררי"ק והמבואר במהרשד"ם שיש לפרש אפילו פירוש דחוק. ונראה שבמקרה זה הש"ך לא יחלוק על הסמ"ע, מאחר שהש"ך איירי כשהאפשרות החילופית היא להאחז בטענת חזרה, משא"כ בנדון זה שטענה כזו אינה אפשרית. וע"ע בתומים סי' מב אורים ס"ק יג.

ועיין בתשובת מהרש"ך ח"ב סי' קצה (ד"ה ועתה אחזור) שכתב בלשון זו - "כתב הטור דמאי דאמרינן דהכל הולך אחר התחתון, היינו היכא ששתי הלשונות סותרים זה את זה משום דאיכא למימר חזר בו מן העליון, ויראה מדבריו דסבירא ליה מה שכתבו הגהות בסוף הלכות מלוה ולוה דהיכא דאפשר לקיים שתי הלשונות שלא יהיו סותרים זה את זה אפילו היכא דהוו שתי הלשונות מרוחקים זה מזה מקיימין אותם, וכ"ש היכא דסמיכי אהדדי, דלאו אורחא הוא לסתור דבריו תוך כדי דיבור", עכ"ל. ובאותו משקל נאמר אנו בנידון דנן, דלאו אורחא הוא שסעיף בהסכם יציין לנספח ולמעשה יסתור אותו. ובהכרח לפרשו בכל דרך שניתן לפרש כדי שהנספח יתאים לגוף ההסכם.

הטענה שהאמור בגוף ההסכם שהשטח הנמכר לקונה 102 מ"ר מלבד המרפסת, אינה מתקבלת.

על כן בנידון דידן בהכרח לבאר שחתימת הצדדים בצד התשריט באה לאשר את הרשום בכתב יד שהמרפסת שייכת לקונה, וכמקובל לחתום בצד תוספת בכתב יד הנוספת לנמצא בדפוס, ולא כנטען כעת ע"י הקונה שהחתימה באה לאשר כי השטח הכולל הנמכר הוא 117 מ"ר.

לסתור דבריו תוך כדי דיבור, עכ"ל. ורוצה לומר שהם מרוחקים ויש דברים אחרים מפסיקים ביניהם, אבל כשאי אפשר ליישבם אם לא מדחוק, זה לא שמענו".

החתם סופר בתשובה חלק חו"מ סי' טו הביא מחלוקת הסמ"ע והש"ך בלשון זו - "קיי"ל הכל הולך אחר התחתון. דאמרינן שחזר בו ממ"ש למעלה. כמבואר בטור ש"ע ח"מ, סי' מ"ב, סעיף ה'. אמנם, מבואר התם, דאם אפשר לפרש הענין לקיים שניהם, ודלא למתלי בחזרה, מקיימים. ולסמ"ע, אפילו ע"י פירוש דחוק ואתי מרחוק. כי כן הבין בלשון ד"מ, דכתב פירוש דשתי לשונות מרוחקים זה מזה, רצונו מרוחקים בהבנת ענייניהם זה מזה. אמנם ש"ך סק"ט, לא פירש כן. אלא דוקא כשהסובל הפירוש בטוב, אז מקיימים שניהם. ואם לא, תלינן בחזרה. ונדחה ראשון, ומקיימים התחתון".

העולה מדברינו - במקרה שקיימת סתירה בין עליון לתחתון, מנסים ליישב סתירה זו, וזאת על מנת שלא נאלץ לקבוע שיש חזרה בתחתון ממה שנכתב בעליון. לסמ"ע, בנסיבות אלו יש ליישב הסתירה אפילו בפירוש דחוק, ולדעת הש"ך אין ליישב אלא בפירוש שאינו דחוק.

אמנם אם בפנינו סתירה שאינה ניתנת ליישוב, אזלינן בתר התחתון, אבל במקרה שניתן ליישב, העליון עדיף ומפרשים את התחתון בהתאם על פי הנאמר בעליון, וכפי שביא להלן.

מהררי"ק שרש י' כתב - "ואשר כתב עוד זה הדיין ואפילו תחתון מעליון ילמוד סתום מן המפורש כ"ש עליון מתחתון דתחתון יותר עיקר. נלע"ד דדוקא היכא דמכחישים זה את זה כגון כתוב בו למעלה מנה ולמטה מאתים או איפכא הוא דתחתון עיקר דאיכא למימר דהדר ביה ... שאנו אומרים דתחתון עיקר היינו משום דאיכא למימר דהדר ביה. אבל היכא דליכא חזרה כגון היכא דאפשר לקיים שניהם לא עדיף תחתון מעליון ואדרבה יותר סברא לומר שלא חש להאריך בתחתון מפני שסמך על מה שכבר כתב למעלה, מלומר שיכתוב למעלה לשון בלתי מבואר בו הכונה אלא אדרבה בהפך, כיוצא בנדון הזה, ויסמוך על מה שהוא עתיד לכתוב".

דברי מהררי"ק הובאו בבית יוסף חו"מ סי' מב בלשון זו - "וז"ל מהררי"ק בשורש י' (ענף ד) דכי אמרינן תחתון עיקר דוקא היכא דמכחישים זה את זה דאיכא למימר הדר ביה וכמו שכתב הרשב"א שם, אבל היכא דליכא חזרה כגון דאפשר לקיים שניהם לא עדיף תחתון מעליון ואדרבה סברא לומר שלא חש להאריך בתחתון לפי שסמך על מה שכבר כתב למעלה".

ומהרשד"ם בתשובה חלק יו"ד סי' פח - "עוד יש לנו לדעת, דהיכא דאיכא תרי לישני בשטר אחד דנראין דסתרי אהדדי, אם אין אתה יכול לקיים שניהם, תחתון עיקר. אבל אם אתה יכול לקיים שניהם, לא עדיף תחתון מעליון, ואדרבה יותר סברא לקיים העליון ולדחוק התחתון, כן הוכיח מהררי"ק שרש י". ובאחר"מ סי' תכג כתב

סימן יח

חותמת בית הדין על מסמך כראיה מוחלטת לאמינות המסמך

אייר תשנ"ד

לשאלת ביה"ד, הודיע המזכיר הראשי שאכן זהו הנוהג בביה"ד שקיימים מקרים שמדפיסים את פסק הדין על אישור ההסכם בדף האחרון ומחתימים את כל הדפים בחותמת עגולה אחת ובכך מאשרים שכל הדפים החתומים באותה חותמת הם חלק מההסכם. וכשמצורף להסכם נספח, מקובל שחתימת הדיינים נמצאת בדף האחרון של ההסכם, והנספח מצורף להסכם ונחתם באותה חותמת עגולה המוטבעת על כל הדפים יחד.

כמובן, כיום המזכיר אינו זוכר מה אירע בדין לפני מספר שנים, האם אכן הנספח היה חלק מההסכם, אך לטענתו החתמת ההסכם עם הנספח כפי שביד האשה היא הוכחה שהנספח הינו חלק מההסכם.

ביה"ד עיין בהעתק שביד הבעל (שכמובן אינו כולל את הנספח), ומדרך החתמתו יתכן להניח שאכן היה נספח שהוחתם בחותמת העגולה של ביה"ד. הנחה זו עולה מפני שבדפי ההסכם שביד הבעל, אחת מהחותמות המוטבעות על ההסכם אינה מושלמת. אך אין זו הוכחה מוחלטת, ויתכן שהמזכיר שהטביע את החותמת לא הקפיד שכל החותמת תוטבע במלואה.

סיכומי של דבר, לפנינו הסכם מקורי עם שני העתקים. ביד האשה - עותק מההסכם עם פסק הדין הנותן להסכם תוקף ומצורף אליו נספח החתום על ידי שני הצדדים. על כל דפי ההסכם בצורף הנספח מוטבעת חותמת עגולה של ביה"ד המאשרת שההסכם כולו כולל הנספח קבל תוקף של פסק דין.

בתיק הגירושין שבבית הדין - נמצא רק ההסכם החתום בלא הנספח. אין כל חותמת, מכיון שאין דרך להחתים את ההסכם המקורי שנשאר בתיק. ההסכם שביד הבעל - אינו כולל את הנספח, ההסכם חתום בכמה חותמות עגולות, ודרך החתמת החותמת שבראש העמוד של כל דף בהסכם נותנת מקום להניח שהיה דף נוסף, מכיון שהחותמת המצטרפת מכל הדפים יחד אינה חותמת עגולה מושלמת.

ראשית, עלינו לקבוע שבמידה שעל פי הדין החותמת משמשת כהוכחה גמורה, הרי שבנידון דין יש לתת תוקף מלא גם לנספח, מכיון שבהעתק שביד האשה הנספח הוחתם, ומאידך העדר הנספח מהתיק אינו ראיה שנספח אינו מאושר, מאחר שכל אחד מהצדדים יכול לקבל את התיק בתוך כותלי במזכירות ביה"ד, וידי בעלי הדין ממשמשים בתיק, ויתכן שהאדם הרמאי יתלוש דף מהתיק, תוך ניצול העדר פיקוח מדוקדק על כל בעל דין הנוטל את התיק לעיון או צילום.

פרטי המקרה

בפני בית הדין תביעה בין בני זוג שהתגרשו לפני מספר שנים והסכם הגירושין שלהם אושר על ידי בית הדין וקבל תוקף של פסק דין.

נקדים ונבהיר את הרקע לדין תורה שבפנינו.

ראשית, המצב החוקי הוא שאין תוקף להסכם בין בני זוג בהעדר דיון ואישור ההסכם על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת. גם לפי ההלכה אין תוקף להסכם זה, עיין במסכת קידושין דף כו. שנכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ואמר רב לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה. ופרש רש"י - "דכיון דרגילין בהכי לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא". וכן ההלכה הפסוקה בחו"מ סי' קצ ס"ז "בד"א שקנה בכסף לבדו, במקום שאין דרך לכתוב שטר; אבל במקום שדרכן לכתוב שטר, לא קנה עד שיכתוב את השטר". ובהסכם בין בני זוג, ודאי מנהג ברור לאשר את ההסכם בערכאה שיפוטית, ואין גמירות דעת להתחייבות בהעדר אישור זה.

שנית, בזמנו, בעת שהצדדים שבפנינו התגרשו, היה מקובל בביה"ד שפסק דין לאישור הסכם גירושין אינו ניתן כפסק דין המנוסח על דף נפרד מההסכם המאושר, אלא על הדף האחרון של ההסכם הודפס פסק הדין לאישור ההסכם, ועל פסק דין זה חתומים שלשה דיינים.

בדיון הנוכחי, האשה הציגה בביה"ד את ההסכם עם דף נוסף עם הכותרת "נספח להסכם". הנספח חתום ע"י שני הצדדים. פסק הדין לאישור ההסכם, שעליו חתומים שלשת הדיינים, נמצא בדף האחרון של ההסכם, אך החתימה של החותמת העגולה של ביה"ד, המאשרת שכל הדפים החתומים הם חלק מההסכם, הוטבעה על כל דפי ההסכם, כולל הדף האחרון של הנספח.

אין מחלוקת בין הצדדים שבזמנו בעת השלמת המו"מ ביניהם, נוסף להסכם ה"נספח" וכי שניהם חתמו עליו. אך כעת הבעל טוען שבמעמד הדיון, בעת שההסכם הוצג לביה"ד לאישור, הנספח לא הוצג, בהעדר הסכמה לצרפו להסכם. ואמנם בתיק הגירושין המופקד במזכירות ביה"ד, אין את הנספח. לטענת הבעל זו הוכחה ניצחת לטענתו שבעת אישור ההסכם, הנספח לא היה חלק מההסכם. לעומת זאת, האשה טוענת שהבעל הערים על הפקיד במזכירות בית הדין ומצא הזדמנות לתלוש את הנספח מההסכם שבתיק, ומאידך החותמת על ההסכם שבידה היא הוכחה שגם הנספח היה חלק מההסכם שאושר.

דין הוא מומחה לרבים ובית דין קבוע, והטעם לזה לפי שאין אדם חצוף לזייף חותם מן הדיינים הקבועים שחתימתן ניכרת מן הסתם לרבים.

אמנם הרשב"א לא רצה לסמוך על סברא זו, אך בתשב"ץ ח"א סי' קעג הביא שזו סברת הרשב"א.

ועי"ש בתשב"ץ שדחה חילוק זה של הרשב"א, אך בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע מהדורה תניינא (הוצאת מוסד הרב קוק) סי' פ' באר סברת הרשב"א, וז"ל - "החילוק ברור, כיון דעיקר טעמא משום דלא חציף לזיופי, וכל שאין הבי"ד קבוע ואין חתימתן ידועה וניכרת, בקל יעשה זיוף ואינו חושש שיתברר זיופו, מאחר שאין מי שידוע חתימתן, משא"כ בב"ד קבוע שבנקל יתברר הזיוף, לא חציף לזיופי, והרי הוא ככל מילתא דעבידא לאיגלווי דלא משקרי אינשי. וגם י"ל שבב"ד קבוע מרתת טפי, הרי יוכל להתברר ע"י שאלת פיהם אם הוא חתימת ידם על שטר זה, וכהיא דיבמות דלעיל. והרשב"א הוסיף לומר דבב"ד קבוע אף בלא שאלה לב"ד עצמם, יוכל להתברר כיון שחתימתן ידועה וניכרת". עכ"ל הבית אפרים.

אמנם בתשובת הרשב"א עסקינן במי שמזייף ממש חתימת ידי הדיינים, וכאן הנידון הוא האם לחוש שחתימת הדיינים נלקחה והוחתמה שלא מדעתם, עכ"פ הסברא שכתב הבית אפרים בדעת הרשב"א שאדם מירתת לזייף חתימת בית דין קבוע שייכת גם בנידון דידן.

וכן בערוך השלחן אה"ע סי' קנב סעיף כא דן בשאלה דומה. הערוה"ש הזכיר את המחלוקת בראשונים ובאחרונים אם קיום בי"ד בעי קיום, ולא נחית להכריע במחלוקת זו, אך הוסיף - "ולי נראה, דאם יש חותם על המעשה בית דין, ודאי שיש לסמוך במקום עיגון". הרי דס"ל לערוה"ש דאף לדעת הסוברים שיש לחוש שמא זייף חתימת הדיינים, אך עכ"פ לא חיישינן שמא נלקח חותם הבי"ד והוחתם שלא מדעתם.

בעיקרו של דבר, בנידון זה לכאורה עומדת בפנינו שאלה של קיום שטרות, ויש לראות בהכרת החותמת שעל ההסכם שביד האשה משום קיום שטר, ואחת מדרכי קיום שטרות היא השוואת חתימות, וכאן אנו משוים את החתימה שעל ההסכם שבידה לחותמת בית הדין, והוא כשטר מקוים. ואם נאמר כך, ברור שאין להתחשב שבעותק שביד הבעל אין את הנספח, ודי בכך שבידה נספח החתום על ידי שניהם ועליו חותמת המאשרת שההסכם אכן בתוקף, וע"י השוואת החתימות יש כאן קיום שטרות. שהרי בכל שטר מקוים שביד המלוה ודאי אין מתחשבים אם בהעתק שביד הלוה חסר חלק מהשטר.

לאחר שאחד מהצדדים הוכיח שההסכם מאושר וקבל תוקף של פסק דין, די בכך לתת תוקף מחייב להסכם. וגם אם בעותק שביד השני אין את החלטת ביה"ד המאשרת את ההסכם, אין בכך ריעותא.

וכשאדם מופיע בב"ד או במקום אחר עם צילום ועותק מההסכם, הן מצד הדין והן מצד החוק אין ערך לצילום,

מאידך, אין זה סביר שניטלה חותמת משלחן המזכיר להחתמת דפי ההסכם, מכיון שעל כך יש פיקוח קבוע ומוקפד שאף אדם לא יטול חותמת ללא רשות. ואין לחוש לזה. ואפילו את"ל שהבעל יטען מאי חזית שאתה חושד אותי שעשיתי מעשה של גניבת הדף מהתיק ללא רשות, תחשוד את האשה שניטלה את החותמת ללא רשות והחתימה את ההסכם כולל את הנספח. אך התשובה לכך היא מלבד מה שאמרנו שעל החותמות שבמשרד קיים פיקוח ועל כך שלא יתלשו דף מהתיק אין פיקוח ראוי, הרי שדרך ההחתמה של אחת מהחותמות שבעותק שביד הבעל מסייעת להנחה שאכן היה נספח להסכם שבידו ושהנספח קבל תוקף של פסק דין, והבעל העלימו מהתיק.

כח הראיה שיש לחותמת בית הדין

בספר תעלומות לב ח"ג סי' נב דן במעשה בית דין שנחתם בחותמת עגולה של בית הדין, וכתב - "מה שהניח חותם בית דין תחת החתימה אינו מועיל כלום, כי אימור המזייף החתימה מצא החותם והניחו שם ... ואפילו בגושפנקא דמלכא שיש לו להרב המנוי מאת המלך וכתוב בו שם הרב, בכל זאת כתב הרב מהרי"א ז"ל בתשובתו הבאה בספר יבא הלוי אה"ע סי' ב' שאינו מספיק החותם לבדו, וצריך שיחתום הרב בחתימת ידו, וכן נהג הגאון מז"ה הגדול ז"ל, כמו שכתבתי בהגהותי לס"ה ישרי לב אה"ע אות כ' סט"ז, וכן נהגתי אחריו. ומה שכתבתי שם שאם מנהג הרב שמניח החותם לבדו בלתי חתימתו ככל כתביו ושטרותיו, שאז די בחותם לבדו. וטעם הדבר דכיון שמנהגו כן, הוא נזהר שהחותם יהיה בחיקו או בארגזו סגור במפתח שלא ישלוט בו יד זרים. ואחר זמן נתישבתי בדבר וכתבתי בספרי תעלומות לב ח"א סס"י בח"מ שאין מנהגו עיקר בזה, כי אכתי יכול להזדייף, וציינתי שם מ"ש הרב מגן גבורים בח"מ סי' ל"ג שהאריך בזה".

ושם בסי' נג השיב לו הרב משה רפאל גינצבירג לרון חותם בית דין להא דרב צייר כוורא בגיטין דף לו, ובעל תעלומות לב דחה (שם סי' נד) - "התם נמי רב בעצמו בכתיבת ידו הוה מצייר כוורא ורבי חנינא חרותא ורב הונא מכותא, ועל ידי ריבוי חתימות באופן זה בשאלות ותשובות ואגרת שלומים ורבנן פקיעי שמיהו וניכרת חתימתם לכל העולם וכמ"ש בגיטין דף לו שאני רבנן דבקיאי סימניהו ... ואיך מדמה ר"מ הצירורים דרבנן דפקיעי שמיהו ובקיאים בסימניהו, לחותם שאין בו סימן וכל המוצא אותו יכול להניחו על הנייר, הא ודאי לא ניתן להאמר".

אך מצינו בראשונים שכתבו סברא כזו, שחותמת בית הדין משמשת כהוכחה לאמיתות הענין, מאחר שאין אדם חצוף לזייף חתימת בית הדין.

הרשב"א בתשובה ח"ז סי' שפד דן אם קיום בי"ד צריך קיום, ולאחר שתלה ענין זה במחלוקת הבבלי והירושלמי הוסיף - "ויש מי שפרש אותה שביירושלמי כגון שאותו בית

ערכאות, ולא תהיה כהנת גרועה מפונדקית. לכן אם אחד מסידרי האשרור בביה"ד הוא לאשר תוקף הסכם ע"י החתמת חותמת עגולה, הרי שמסמך החתום בחותמת כזו של ביה"ד היא ראייה גמורה שההסכם מאושר ע"י ביה"ד. אותן סברות שנאמרו בהכשר ערכאות, תקפות גם בנידון זה. המקור הקדום להתיר אשה להנשא על סמך עדות ערכאות שבעלה מת הוא בתשובת מהרי"ק שרש קכא, וטעמו תקף גם בנד"ד.

ח"ל המהרי"ק - "ועוד דאפשר לומר דעדיף האי מכותי מסיח לפי תומו ויש להתיר אפילו בלא טעמא דאשה דייקא ומנסבא וגם בלא טעמא דמשום עיגונא אקילו בה. דהא אפילו אחזקה שצריך עדות גמור כגון להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים, סמכו אחזקה דלא מרעי נפשייה, גבי שטרות העולים בערכאות של כותים בשטרי מכר אף בלא טעמא דדינא דמלכותא כדמוכח בהדיא בפרק קמא דגיטין. ואע"ג דאם היה משקר לא היה מגיע לו היזק רב כי אם מעט זילזול, אפילו הכי אמרינן כיון שהוא דיין לא היה מעיד שקר ופוגם את כבודו".

ועיין בפת"ש אה"ע סי' יז סוף ס"ק נג בשם החת"ס שכתב לבסס נאמנות הערכאות, ועיין באוצר הפוסקים סי' יז ס"ק קיג אות ח' שהאריך במקורות בנושא זה.

ובהלכה זו של נאמנות הערכאות, כתבו כמה אחרונים שגם אם האשה קבלה העתק מהספר שביד הערכאות, ניתן לסמוך על ההעתק. אע"פ שאת ההעתק לא כתב שופט הערכאות אלא הסופר הממונה על כך, מפני שאף לסופר זה מעמד ערכאות לענין כתיבת העתק, ומכיון שזהו תפקידו, חזקה דלא מרעי נפשייה.

כן כתב באוצה"פ סי' יז ס"ק קיג אות ט' בשם ספר בגדי כהונה ובשם שואל ומשיב. וכן הביאו מספר אמרי דוד שכתב שכל מי שממונה מחק המלך על תחום מסוים, ביחס לאותו תחום דינו כערכאות, וז"ל - "דמה לי ממונה על זה או על דינין ושטרות, בשניהם שייך לא מרעי נפשייה".

וכן האבני נזר (חלק אה"ע סי' עה) פסק להכשיר העתק הנכתב ע"י סופר שלהם אף שאינו ממש השופט או השר בערכאות, וז"ל - "י"ל דלזה לא נחוש כלל שישנה האקט הנכתב, שאם יתגלה הדבר ילך לקרימענאהל". דהיינו האיום המרחף על ראשו של כותב ההעתק שאם ישנה ממה שכתוב בתעודה המקורית ישפט על כך ויענש, יוצר את האסמכתא שהעתק נכון.

לכן ה"ה אישור רשמי של מזכיר בית הדין המאשר את התאמת ההעתק למקור, יחשב כהוכחה גמורה.

במהרי"ק מבואר שהלכה זו של ערכאות נאמרה גם לענין ממון, ועיין בשו"ת מהר"ם שיק אה"ע סי' מב שבאר ענין זה.

ובתשובת החת"ס אה"ע ח"א סי' צד שעליה הסתמכו הרבה אחרונים להכשיר עדות ערכאות שמת בעלה כתב שנאמנות שני עדים היא מגזרת הכתוב, והוסיף החת"ס - "משא"כ ערכאות של נכרים, דחזקה לא מרעי אומנתיהו

ונחוץ אישור של המזכיר שההעתק מתאים למקור, הן על ההסכם והן על החלטת ביה"ד שבמסמך המצולם. חותמת של בית הדין המוטבעת במסמך, היא האישור והקיום למסמך החתום. המזכיר המאשר שההעתק מתאים למקור הוא המקיים והמאשר שהדיינים נתנו תוקף להסכם, לכן עלינו לברר את המעמד והמשקל ההלכתי של החתמת המזכיר.

התוקף שיש לחותמת בית הדין שהחתמה על ידי המזכיר בלבד

בקיום שטרות נחוצה חתימת שלשה דיינים על השטר, אך לפי המקובל בבתי הדין, הדיינים חותמים רק עותק אחד מההחלטה, ולא על שאר העותקים מההחלטה, אלא המזכיר מאשר את ההתאמה של העותק למקור, ומחתים את העותק בחותמת עגולה של בית הדין.

בנידון שבפנינו, על הנספח הוטבעה החותמת העגולה של ביה"ד, החתמה שנעשתה על ידי המזכיר, והיא אישור המזכיר על התוקף שיש למסמך החתום.

על פי ההלכה, גם לחתימת המזכיר, למרות היותו חתום לבדו, סמכות וכח לתת תוקף למסמך שנחתם על ידו, והחתמה זו מהווה ראייה לתוקפו של המסמך.

ניתן ללמד זאת מפסק הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' מו ס"ד, שכתב - "מאחר שנהגו שהרב תופס ישיבה מקיים ביחודי, מנהג כזה מבטל הלכה". בהתאם לפסק זה, י"ל ביחס למנהג בכל בתי הדין בארץ, שבמקום שהדיינים יחתמו על כל עותק, המזכיר מחתים את שאר העותקים ומאשר שההעתק מתאים למקור, ומכיון שכך נהגו, מנהג מבטל הלכה. אמנם בדינו של הרמ"א ביחוד מומחה עסקינן, ולכמה דברים מעמדו כבית דין. אך מאחר שיסוד הלכה זו היא מכח מנהג, ה"ה ביחס לחתימת מזכיר ביה"ד. אך אין צורך לדון רק מכח מנהג מבטל הלכה, ולהלן נבאר, שכך הדין גם מכח ההלכה, ואפילו בנידון זה שעל הנספח מצויה חותמת עגולה בלבד ובלא חתימת המזכיר בכתב ידו, בהתאם למקובל ביחס לאישור כל דף מההסכם המאושר. מכיון שבהתאם לסדרי העבודה של מזכיר ביה"ד, החתמת כמה דפים בחותמת עגולה אחת היא אישור שכל הדפים הם חלק מהסכם אחד שאושר בביה"ד, הרי שזו הוכחה גמורה המועילה אף להוציא ממון. ואין מקום לטענה שאין מוציאין ממון עפ"י עד אחד.

נראה שנד"ד אינו תלוי במחלוקת הריב"ש (סי' קנה, קפא, קפב) והתשב"ץ (ח"א סי' פג) אם בממון ע"א נאמן במילתא דעבידא לאיגלווי, ולדעת הרמ"א (חו"מ סי' ל' סעיף יד) ע"א אינו נאמן, אלא כאן לכוי"ע נאמן.

ניתן להוכיח זאת מנאמנות "ערכאות", המאשרות שפלוני מת, והסכימו הפוסקים שמשיאין את אשתו עפ"י דבריהם. הערכאות נאמנות אף לענין ממון, וברור ופשוט שמוסד רשמי וממשלתי של יהודים לא גרע מנאמנות

החתמת חותמת עגולה על כל דפי ההסכם. החתמה זו תחשב הוכחה מספיקה שכל ההסכם, לרבות הנספח, קבל תוקף של פסק דין, ואין לחוש לזיוף. ולפי מש"כ להשוות את נאמנותו לנאמנות ערכאות, אף אם בהלכות קיום שטרות נחוצה עדות של שני עדים המקיימים את החתימות, הרי שכאן קיימת נאמנות "ערכאות", הנחשבת כנאמנות גמורה של שני עדים, ולשיטת החתם סופר עדיפא משני עדים.

מסקנת הדברים

בהתאם למסמכים והראיות שהובאו בפנינו אנו קובעים שהנספח הינו חלק מההסכם שקבל תוקף של פסק דין.

לשקר עדיפי בזה מעדים כשרים דגזירת הכתוב בעלמא הוא. ומטעם זה ניתן להוציא ממון בהסתמך על נאמנות ערכאות, שהרי נאמנותם עדיפה מנאמנות שני עדים.

החת"ס כתב שנאמנות בי"ד עדיפא מנאמנות עדים, ובאר - "עדים מגזירת הכתוב מהימני ... אבל בי דינא אשר ישבו כסאות למשפט לא גרע מערכאות של נכרים דבטבע מהימני". הרי שפשיטא לחת"ס שלא רק בערכאות גוים נאמרה ההלכה של נאמנות ערכאות, וכמו שכתבנו לעיל בפשיטות.

העולה מדברינו - מזכיר בית הדין הוא הממונה מטעם המוסדות הרשמיים לאשר את העתק, ודרכו לאשר ע"י

סימן יט

הצמדת פירעון הלואה וכתובה

ראשית, האם החלפה זו תיחשב כפסילת המטבע הקודם, מפני שהממשלה פסלה את השקלים הישנים וקבעה שהחל ממועד מסויים השקלים הישנים אינם מטבע חוקי, ויהא דינו כמי שמלוה את חבירו על המטבע ונפסלה המטבע.

שנית, את"ל שאינו כדין נפסלה המטבע, עדיין יש לדון מצד ירידת ערך הכסף ולברר האם דין הפיחות בימינו דומה לדין פחתו על המטבע המבואר בדברי הרי"ף.

ביחס לשאלה הראשונה -

בספר פסקי דין של הרבנות ירושלים חלק ד' בעמוד יא כתב הרב ברוך יצחק לוין ז"ל כדלהלן - "תובע נתן לשיבה עיזבון בחיים ע"מ שהשיבה תשלם לו כל ימי חייו סכום קצוב חדשי. עפ"י צו ממשלתי הוחלף המטבע, ולאחר תקופה של כמה חדשים כששתי המטבעות יצאו באופן חוקי זו בצד זו, הוציאו את המטבע הישן מהמחזור. לאחר זמן קצר הוזל ערכו של המטבע החדש והמצרכים התייקרו. התובע דורש הוספה בגלל יוקר המחיה.

עפ"י חו"ד ראב"ד ירושלים הגרצ"פ פראנק זצ"ל צודק התובע בדרישתו לתוספת עבור יוקר המחיה, אך לפי חו"ד של החזו"א זצ"ל כפי שמסר לבן אחותו הגר"ח שליט"א אין צריכים להוסיף לו.

מקורות ההלכה: אמנם בתחילה הסכים החזו"א לפסקו של הגרצ"פ, אך לאחר כמה ימים חזר בו, ולבקשת הגרצ"פ זצ"ל שאלתי את החזו"א לנימוקו, והוא השיב שמכיון שהיו כמה חדשים ששתי המטבעות יצאו בהוצאה וערכם היה שווה, הרי תיכף חל החוב על המטבע החדש, ולפיכך אע"פ שאחרי זמן מסויים ירד ערכו של המטבע החדש, דינו כהזול, עכ"ל.

לפי זה בנידון דנן, מאחר ובשנת תשמ"ה נקבע שהחל מיום י"ח אלול הוחלפו השקלים הישנים בחדשים וכל 1000 שקל ישן הוא מעתה שקל חדש אחד, וממועד זה במשך שנתיים, השקלים הישנים עדיין היו הילך חוקי הניתן

בפני בית הדין עומדת שאלת הצמדת ערך הכתובה. במקרה שבפנינו, הכתובה נכתבה בתקופה שבה המטבע החוקי היה - שקלים ישנים. מועד הנישואין הוא - ד' אלול תשמ"ה, ובשטר הכתובה נקוב סך של מאתיים זוז ועוד תוספת כתובה - עשרה מיליון שקלים. שבועיים לאחר מועד הנישואין, ביום י"ח אלול תשמ"ה - 4.9.85 הוחלפו השקלים, בשקלים חדשים, והשקלים הנקובים בכתובה הם השקלים הישנים. בעקבות החלפת השקלים, שקל חדש אחד שווה לאלף שקלים ישנים.

בית הדין פסק לחייב את הבעל בגירושין ובתשלום הכתובה במלואה, ועלינו לברר, כיצד לחשב את ערך תוספת הכתובה כיום. האם התשלום ישאר כפי הרשום בכתובה וללא הצמדה, דהיינו 10,000 שקלים חדשים, או שעלינו לחייב את תשלום ההצמדה, ולחשב מה היה ערך ההתחייבות ביום הנישואין, ולחייב את הבעל בתשלום תוספת הכתובה כפי ערכה הריאלי בעת הנישואין.

שאלת ההצמדה במקורה נידונה בהלכות הלואה, ונפתח בבירור הלכה זו לעניין הלואה.

במסכת בבא קמא דף צו. - "איתמר המלוה את חבירו על המטבע ונפסלה המטבע, רב אמר נותן לו מטבע היוצא באותה שעה, ושמואל אמר יכול לומר לו לך הוציאו במישן. אמר רב נחמן מסתברא מילתיה דשמואל דאית ליה אורחא למיזל למישן, אבל לית ליה אורחא לא ... בעא מיניה רבא מרב חסדא המלוה את חבירו על המטבע, והוסיפו עליו, מהו אמר לו נותן לו מטבע היוצא באותה שעה".

ועיי"ש בסוגיא דהיינו דוקא עד חומש אך ביותר מכך משלם במטבעות היוצאים אך במשקל מטבע של שעת ההלואה. ועיי"ש ברא"ש סי' יב שהביא מחלוקת הרי"ף והראב"ד האם דין פחתו כדין הוסיפו, והפוסקים (וכן בשו"ע יו"ד סי' קסה) פסקו כרי"ף שאין חילוק.

בדינו של המלוה את חבירו בשקלים ולאחר מכן החליפו את השקלים בשקלים חדשים, יש לברר שני נושאים.

המלוה את חברו על המטבע והוסיפו עליו מהו א"ל נותן לו מטבע היוצא באותה שעה ... והא קא זילי פירי, חזינן אי מחמת טבעא זיל מנכי לו ואי מחמת תרעא זיל לא מנכינן ליה, והא קא שבח לענין נסכא ... עד עשרה בתמניא ע"כ ... למדנו מכאן שאם אנו רואים שבשביל המטבע חדש נותנים לאיש פירות יותר ממה שנותנים בשביל הישן לא יפרע אלא לפי חשבון הישן וכ"כ רב אלפס ז"ל והרמב"ם, והסכימו שכן הדין אם פחתו ממנו, וכ"ד הרשב"א וכן דעת בעה"ת וכ"ד הרא"ש ובנו הריב"א ז"ל. א"כ כשם שאם הוסיפו על משקל המטבע אם הוזלו הפירות בשביל אותו התוספות לא יתן לו מן המטבע החדש דהוי רבית שכן להפך אם פחתו משקל המטבע עד שנראה שאין נותנים כ"כ פירות עתה במטבע החדש כמו שנותנים במטבע הראשון צריך שיתן לו שווי מטבע הראשון כדי שלא יפסיד מלוה. ואחר שאנו רואים שתלוי ענין זה בזילי פירי או ביקירי פירי מה לי שיהיה הפחת או העילוי מצד המשקל או מחמת גורת ומאמר המלך יר"ה הכל אחד דדינא דמלכותא דינא. וא"כ אחר שאנו רואים שבשעת עליית הגרוש או הזהוב היו נותנים סאה בשקל אחד ועתה שירד עפ"י גורת המלך יר"ה באותו שקל אין נותנין אלא ג' קבין, נמצא שאם היה פורע הגרוש באותו שווי שהיה בשעת מלוה אין כאן פרעון אלא ודאי שחייב הפרוע ליתן לפי שיווי דהשתא עד שיהיו עולים המניין מן הגרוש כשעות שהיו עולים בשעת העלוי ... היכא זילי פירי או יקירי פירי צריך ליתן לו מטבע היוצא באופן שלא יפסיד המלוה וגם שלא יפסיד הלוח, ועתה אני אומר שידוע לכל שאנו הולכים לעולם בתר אומדן דעתא ... ועל כן אני אומר שאפילו שכתבו בשטר שחייב ליתן לו ק' גרוש שיש לנו לילך בתר אומדן הדעת שלא התנה כן אלא לתועלת ותוספת טובתו ואיך אפשר יהפך לו אור לחושך ויתן לו פ' בעד ק'. אלא ודאי לעולם יש לו ליתן שיעור ק' ... אע"פ שכתב ק' אמדינן דעתיה דאנן סהדי שלא כתב כן אלא אדעתא שיעמדו הגרוש או הזהובים בשיוויים, עכ"ל מהרשד"ם. לעומת זאת, מהרש"ך בתשובה ח"א סי' סב פסק באותו נידון של מהרשד"ם שאינו משלם אלא כסכום המטבעות שהלוהו.

בגוף דינו של מהרשד"ם יש לעיין בשני נושאים. א. לכאורה, קיים קושי גדול בשיטת מהרשד"ם, מאחר שבריש פרק הזהב (ב"מ דף מד:), מבואר שבמטבע לעומת פירות, או אפילו בשני סוגי מטבעות, אחד מהם יחשב ל"טיבעא" והשניה ל"פירי", שינויי המחירים מיוחסים ל"פירי", ואילו ה"טיבעא" נחשבת כמטבע שנשארה ללא שינוי, ויש לברר האם מהרשד"ם בנידונו סבר לייחס את השינוי למטבע, ולחייב השבת מספר מטבעות בהתאם לערכן בעת ההלוואה.

אך הדברים מתבארים עפ"י דברי מהרשד"ם בתשובה אחרת, בחלק י"ד סי' קעו, שבה חזר על שיטת בקצרה, ונראה שמדבריו באותה תשובה נוכל לעמוד על שורש

להמרה, על כן לפי דרכו של החזו"א אין לדון את השקלים הישנים כמטבע שנפסל.

ועיין בספר שורת הדין ח"ד עמ' קו במאמר של הג"ר נחום גורטלר שליט"א שכתב כן, ובלא שהזכיר מפסק דינו של החזו"א, והוסיף לבסס הוראה זו שמאחר ובשעה שהממשלה הוציאה את שטרי השקלים החדשים לשוק, היא קבעה שאלף שקלים ישנים, הם עצמם הפכו להיות לשקל חדש אחד, אין כאן דין מטבע שנפסל, אלא המשך אותה מטבע אך בלבוש חיצוני אחר. ועיין ברמ"א י"ד סי' קסה וחז"מ סי' עד וש"ך י"ד סי' קסה שפסקו שלעניין מעמד המטבע דינא דמלכותא דינא.

כעת עלינו לברר את השאלה השניה שהיא - ירידת ערך המטבע.

בסוגיית הגמ' הנוכרת עסקינן בתוספת ממשית במשקל המטבע, אבל אם המטבע נשארה כפי שהיא אלא שהוזלה, ישלם לו מספר מטבעות כפי שקבל בעת ההלוואה, ואינו מוסיף או פוחת עקב יוקרא וחולא של המטבע.

הדברים מבוארים בתשובת הרשב"א ח"ג סי' מ' שכתב - "שאלת, מי שחייב לחברו מנה והוזל המטבע היכי פרע ליה, מי אזלינן בתר יוקרא וחולא דפירי, או לא".

ובתשובתו כתב הרשב"א - "אם לא הוסיפו במטבע נסכא ולא פחתו, דבר ברור הוא שנותן לו מאותו מטבע כסכום שהלוה בלא תוספת ובלא גירוע. אם הוזלו או הוקרו מחמת תוספת, או פחת שהוסיפו או פחתו בגופו של מטבע, כבר נתבאר דינו בפרק הגוזל עצים".

ובספר נתיבות המשפט סימן עד ס"ק ה' כתב - "ועיין שם בספרי חוות דעת [סי' קסה סק"א] שכתבתי, דדוקא שהתנה לתת לו מטבע והמטבע ראשונה נפסלה לגמרי, שאז אין שם מטבע עליו כלל והוא התנה לתת לו מטבע, אבל אם רק פחתו המלך מכמות שהוא, כגון שהיה הדינר זהב כ"ה דינרים והעמידו על עשרים, ודאי דאינו משלם רק המטבע שהלוה לו, דהא עדיין שם מטבע עליו רק שהוזל, כמו סאה בסאה והוזל שאינו נותן לו רק סאה שהלוהו אף שהוזל. וכ"ה בתשובת לחם רב [סי' יז], ע"ש. וכן מוכח בתשובת הרא"ש כלל ק"ג סוף סי' א' שכתב וז"ל, ועוד בזה הארץ כשעושה המלך מטבע אינו פוסל את הראשון אלא פוחת ממנו, וכולן יוצאין לפי ערך קונדרי"ש ושולדי"ש כולן יוצאין בארץ הזאת, ואם הלוח לו קונדרי"ש למה לא יפרע לו קונדרי"ש, כיון שלא נפסלו. וכן משמע עוד בכמה פוסקים ותשובות למעיין. וכ"כ התומים בסוף סי' מ"ב דיוקרא וחולא במטבעות חל על המלוה".

אמנם בתשובת מהרשד"ם חלק חו"מ סי' עה לא כתב כן. לשיטתו אין חילוק בין הוסיפו על המטבע בתוספת נסכא או פחתו בגירועו נסכא, או שהממשלה בדינא דמלכותא שינתה את ערך המטבע.

חו"ל מהרשד"ם - "לזה אני אומר שאחר העיון במה שבא בגמ' אחר מחלוקת רב ושמואל בעא מיניה רבא מרב חסדא

כמ"ש הרימ"ט ח"א, מודו כו"ע דשרי ללוות גרוש בגרוש, דאף אם הוקר שרי כיון דבמטבע של כסף הוא, ואין בין מטבע גרוש לשאר המטבעות של כסף כלום. ואי ק"ל הרי אמרו בב"ק דף צ"ז המלוה את חבירו על המטבע והוסיפו עליו דאי זילי פירי מחמת טבעא מנכנין ליה, ואמרי והרי סתם מטבע הוא של כסף, והרי התירו במטבע כסף ללוות, דאף אם הוקר תלינן דהפירות או שאר מטבעות הוא ההזל ומטבע כסף כדקאי קאי. וא"כ היה לנו להתיר גם בהוסיפו, גם אי זילי פירי. הא ל"ק משני צדדים. האחד, דלא התירו אלא מטבע במטבע בלי שום תוספת, דאי הוסיפו עליו, הרי לקח יותר ממה שהלוה, ובוזה לא התירו. והשנית, דאע"ג דאיתמר בש"ס סתם המלוה על המטבע והוסיפו עליו, בנפסל המטבע הראשון איירי. דעל מימרא דלעיל שאמרו המלוה על המטבע ונפסל דאמר רב נותן לו מטבע היוצא כו' קאי, וכן מבואר מפרש"י שכתב ... אליבא דרב ... וכן מתבאר מדברי הנמוקי יוסף והרי"א ז"ע"ש. ובפירוש כתב הרא"ש כלל ק"ג סי' א' וז"ל בההיא דהגזל קמא בההיא דהמלוה את חבירו על המטבע ונפסל המטבע ועשו מטבע חדש והוסיפו עליו ע"ש. וכלשון הזה כתב הטור יו"ד סי' קס"ה ע"ש, והרי בנפסל המטבע ואינו יוצא בהוצאה כבר כתבו הרי"ף והרא"ש בריש פרק הזהב וטור יו"ד סי' קס"ב לא הותר גם במטבע כסף, ותו ל"ק הני סוגי אהדדי, עכ"ל.

מסקנת הדברים - שיטת מהרשד"ם נאמרה ביחס למצב מיוחד שבו פיתחו את הגרוש יחסית ללבנים, אך הלבנים נשאו בעינם ללא שינוי, והם "טיבעא", והגרוש נידון כ"פירי", והוא הזל או הוקר. אין ללמוד לנידון דנן מתשובת מהרשד"ם שפסק את דינו רק ביחס לשינוי שארע בערך הגרוש, שכפי מעמדו בזמנו, סבר מהרשד"ם לדונו כפירי, הן לענין חישוב ההחזר והן לענין הלכות ריבית. אין ללמוד מתשובת מהרשד"ם, למציאות בימינו, מאחר שאין חולק שכיום מטבע השקל הוא "טיבעא" ולא "פירי", לא לענין איסור סאה בסאה, ולא לענין שאר הלכות הלואה, לרבות בשאלת חישוב ההחזר.

אמנם נכון שכיום המצב המונטרי מורכב ולא ניתן לקבוע שהמטבע "קביעא וקיימא", אלא מתרחשים בו שינויי ערך לאורך זמן, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במטבע השקל ובשאר המטבעות, למרות זאת אין ראיה משיטת מהרשד"ם לנידון דנן, וכפי שהתבאר.

ולענין שינוי ערך מטבע מהסוג המצוי כיום, מצינו במרדכי בריש פרק הגזל שכתב - "המלוה את חבירו על המטבע, נותן לו מטבע היוצא באותה שעה, ומיירי כשוין החדשים והישנים במשקלם, ואע"ג דזילי פירי בחדשים, הואיל ומחמת חריפותא, אין בכך כלום". וכן ברמ"א יו"ד סי' קסה פסק - "אם הוולו הפירות מחמת המטבע החדשה, ולא הוסיפו עליה, נותן לו מטבע החדשה".

ועיין בספר אגרות משה יו"ד ח"ג בחי' על הלכות ריבית סי' קסה הערה נ' שהביא מדברי המאירי שנראה שחולק על

שיטתו, וז"ל - "מיום שאירע עליית הגרושות וראיתי המריבות בין הסוחרים ונושאים ונותנים, ומי שהיה חייב לחברו מאה גרושות מסחורה או מהלואה ומי שהיה צריך לקבל היה אומר מאה גרושי אתה חייב לי תן אותם לי ומי שהיה צריך לפרוע היה אומר שזה מאה גרוש' אני חייב והנה עתה תשעים שוים ק', אין לי ליתן יותר ועל זה נתרבו ההפרשים והמחלוקות בין הסוחרים. ואני החתום למטה סדרתי פסק אחד והארכתי והוכחתי מן הדין הגמור אינו חייב ליתן אלא שזה מאה גרושות לא ק' גרושות ממש. וזה כי ענינו הרואים דרך משל כי בשביל גרוש' א' היו נותנים סאה קמח ועתה אחר העליה זילי פירי ונותנים בעד גרוש' סאה ורביע, הייטב בעיני ה' הא ודאי לא, ומה גם עתה בענין זה דאיכא צד רבית, ודבר זה אין הדעת סובלו והוכחתי בראיות כאשר יראה המעיין".

הרי שמהרשד"ם דן את המטבע גרוש כפירי, ולא כטבעא, ומתוך כך קבע שהיוקר והזל הוא במטבע הגרוש, עד שפסק שבהלוואת גרוש כנגד גרוש, יש איסור ריבית כהלוואת סאה בסאה. על כן גם בתשובתו בחלק חו"מ סי' עה, מהרשד"ם הורה להתחשב בפחות המטבע, מפני שרק מטבע הגרוש השתנה, ואילו ללבנים לשכעצמם לא חל שינוי, וזאת מפני שמהרשד"ם דן את הלבנים כמטבע ואת הגרוש כפירי, (ואינו דומה למצב בזמנינו, שאין מציאות של פחות בשקל ולא באגורות וכיוצא, והפחות הוא בכל המטבעות בשוה, והם נשארות בגדר מטבע ולא בגדר פירי).

אמנם בסוגיית הגמ' בב"ק דף צז: נאמר "והא קא זיילין פירי, אמר רב אשי חזינן אי מחמת טבעא זיל מנכנין ליה", ולכאורה מבואר שיתכן שהמטבע אינו נשאר כערך יציב שאין בו שינוי. אך כבר באר בספר חקרי לב חו"מ סי' קנד - "דהתם שאני שהוסיפו עליו, והרי זה כלוה סאה בסאתים, דלא התירו אלא מטבע, שישלם אותו מטבע ממש".

וכן החקרי לב הביא מדברי מהריק"ש בספר ערך לחם יו"ד סי' קסב שמטבע הגרוש אינו דומה למטבע רגיל. ואמנם כן מפורש בדברי מהרש"ך, שהיה בזמנו ובמקומו של מהרשד"ם, והשיב על אותו נידון, אף שמסקנתו שונה ממסקנת מהרשד"ם, עכ"פ מהרש"ך כתב להדיא שלא לדון הגרוש כטיבעא אלא כפירי. וז"ל מהרש"ך סי' סב - "בלי ספק אלו הב' מטבעות, דהיינו גרוש וזהובים, מיקרו פירא דחזינן דזולא ויוקרא תליא בדידהו, ולא תלו ביוקרא וזולא דפירא, אלא אדרבה יוקרא וזולא דפירי תליא בדידהו. וא"כ דמי להלואת סאה בסאה, והלואת גרוש בעבור גרוש דמי להלואת חטים בחטים".

על כן אין ללמוד מתשובת מהרשד"ם למקרה שבו השינוי אינו במה שמוגדר כ"פירי" אלא ב"טיבעא".

בנקודה זו חשוב להביא את מסקנתו של החקרי לב, וז"ל - "ומ"מ למדנו בזמנינו דהגרוש' לא נפסל מצד המלך וגם הוא טבוע בחותם המלך וגם אינו ניכר היוקר והזל בגרוש'".

לפי האמור, מיושבת שיטת מהרשד"ם. אין בתשובה זו קביעה שיש להתחשב בערך המעות שקבל בעת ההלוואה, ושזהו הערך המחייב להשבת החוב. שא"כ שיטתו קשה שדן מטבע כפירי שערךו משתנה ולא כערך קבוע וקיים, כפי העולה מהסוגיא בתחילת פרק הזוהב.

אלא סברת מהרשד"ם היא שלאחר שהמלך גזר לפחת את שווי המטבע, הרי זה כנפסלה המטבע וכבטלה מטבע ראשונה והעמידו במקומה מטבע אחרת, וכסברא המבוארת בחזו"א יו"ד סי' עד סק"ח - "הוי כמו שפסל את הדינר הראשון ועשה דינר חדש ופיחתו דמה לי עושה חדש ומה לי פיחתו את זה, כיון שהפחת עפ"י צוואת המלך הוי כשינה צורתו", ובה מהרשד"ם לא הסכים עם סברת הנתניבות הנזכרת לעיל.

ולפי דרך זו, אין משיטת מהרשד"ם ראייה לזמננו, שירידת ערך הכסף במשך השנים הרבות שחלפו לא נקבעה עפ"י הוראה ממשלתית, אלא בהתאם לכח השוק, ובנסיבות אלו לא אמר מהרשד"ם את שיטתו. בנידון דנן, בפנינו כתובה הנקובה בשקלים ישנים, השינוי בערך המטבע אינו נובע מהוראות ממשלתיות שנקבעו במשך השנים, אלא מכוחות השוק, ואין ראייה משיטת מהרשד"ם להורות על הצמדה.

ומצאתי בשו"ת בית אפרים חלק חו"מ סי' ד' שכתב כסברא זו אלא שהבית אפרים אינו תולה את החילוק בין פיחות מצד הוראה ממשלתית לפיחות עקב יוקר וזול של הפירות, אלא כתב לחלק בין פיחות מצוי וצפוי לפיחות חריג.

וז"ל הבית אפרים - "ונלענ"ד דאף מהרשד"ם מודה בגוונא דנידון דידן. שמבואר למעיין דכל חילוי דמהרשד"ם הוא שנותן לו כשער הלוואה הוא בנידון שלו, לפי שפתאום גזר המלך עליית המטבע או ירידתה, והוא אונסא דלא שכיח ולא הו"ל לאתנויי. וגם בזה יש לפקפק הרבה, ועיין בשו"ת גינת ורדים מ"ש בזה. אבל בנ"ד שזה עידן עדין שהשערים משתנים יום יום, יום כה יום כה, וכיון שבשעת הלוואה גופא היה הדבר ידוע שאפשר שישתנה למעליותא ולגרועותא, ואם איתא שהיתה דעתו על השער שהוא כעת, פשיטא שהיה לו להתנות בשעת מעשה, כיון שלא ידע מה ילד יום, והיה לו לחוש שמא יעלה השער או ירד. אלא ודאי דסבר וקבל לקבל הב"ץ (שם המטבע שהיה נהוג באותו זמן ונכתב בשטר) בעת פירעון, ולא אכפת ליה אם יהיה נגרע מערכו נגד מטבע הכסף או יעלה. ואין לומר דהוי אומדנא דמוכח דאדעת' דהכי לא הוי שקיל, דפשיטא שאין כאן אומדנא כלל, דזימנין דמצטרכי לי' זוזי או זביני דבעי למזבין וגמר ומשעבד נפשי', וגם לפעמים יש לו לקבל מאיזה מקום ב"ץ בזמן הפירעון, ועל דעת זה לזה או קנה לשלם בב"ץ. וא"כ אפילו אם (נראה ט"ס וצ"ל אין) הדבר כן, עכ"פ אין כאן אומדנא דמוכח"

המרדכי, וסיים - "אבל מ"מ למעשה, כיון שהרמ"א פסק דנותן לו מטבע החדשה כהמרדכי, ולא הקשו עליו, בפשיטות הלכה כהרמ"א".

ב. דרך אחרת בביאור תשובת מהרשד"ם היא לקבוע שאמנם מהרשד"ם דן את הגרוש כ"טיבעא", אך למרות זאת הורה להתחשב בפיחות מפני שהוא פיחות בלתי צפוי שנקבע בגזרת המלכות, ואינו דומה לפיחות שיגרתי וצפוי מפני יוקרא וזולא של פירות וכיוצא ב.

ונקדים ונבאר שתשובת מהרשד"ם מחולקת לשני חלקים, בחלק הראשון של התשובה, דן מהרשד"ם בשאלת פיחות ערכו של הגרוש, ובהשלכות הנובעות מכך. ובחלקה השני של התשובה דן מהרשד"ם בשאלת חיובו בהשבת סך הגרוש כפי המפורש בשטר, וזאת מכח ההתחייבות לפרוע מאה גרוש, שלכאורה משמע מנוסח השטר שהחיוב הוא בסכום זה בלא להתחשב בשינוי העלול להתרחש בערכו. ועל זה כתב - "בנידון שלנו יש לנו לילך בתר אומדן דעתא כמ"ש למעלה, וגם יש לנו לומר כי לא הפסיד המלוה או המוכר בשביל שלא התנה, כיון דהוי דבר דלא שכיח כפי מה שאומרים כל העולם שלא נשמע מעולם שיעשה מלך ממלכי תוגרמא דבר כזה שיכריז ויקפיד בירידת שיווי המטבעות כמו שהיה אפשר שהיו עושים כן במלכות בזמן התלמוד, מש"כ במלכות הזה. וא"כ יש לנו לומר דהוי כאלו התנה, כיון דמה שלא התנה לפי שלא היה עולה בדעתו, עכ"ל".

ונוסיף ונציין למש"כ בספר כנסת הגדולה (חו"מ סי' רכה אות לו) שהביא את תשובת מהרשד"ם וחילק בין התקופות השונות. וז"ל - "ירידת המטבעות ועלייתן, אונסא דלא שכיח הוא, הרשד"ם חלק חו"מ סי' ע"ה. אמר המאסף דברי הרב ז"ל שרירין וקיימין לזמננו שלא נשמע ירידת מטבעות אלא באותו פעם. אבל בזמנינו זה שהורגל הדבר פעמים רבות, כמו ששמענו מקדמונינו וראינו בעינינו, בן ל"ט שנה אנכי היום, וראיתי שג' פעמים ירדו המטבעות משוין, אונסא דשכיח מקרי. איברא שנלע"ד דלא דמי נדון הרשד"ם למה שאירע בזמנינו זה, ויודה הרב ז"ל, שירידת מטבעות שירדו בזמנינו זה אונסא דשכיח הוא. דבנדון הרב ז"ל שגזר המלך על הזהוב ועל הגרוש שלא יעמיד כי אם בסך כך בלתי סיבה, ודאי דאונסא דלא שכיח הוא. אבל בזמנינו זה, שאין העילוי והירידה בלתי סיבה, שבא בסיבה מספקת שעליית הזהוב והגרוש נמשך מחמת הלבנים שעושים דקים או מחמת שחותכים אותם ומחמת כן עלה הזהוב והגרוש ירידתם נמשך מחמת הלבנים שעושים אותם עבים ושלמים, ודאי שיודה הרשד"ם דאונסא דשכיח טובא הוא".

מהאמור עולה שתשובת מהרשד"ם מתייחסת לפיחות בלתי צפוי, לכן כתב שלא היה צריך להתנות. משא"כ במקום ובזמן ששינוי השער תדיר וצפוי, אין מקום לסברא זו של מהרשד"ם.

ואין צריך לשלם רק כפי ערך שהיה בשעת הלוואה. אך אם תפס המלוה יכול לומר קים לי כשאר פוסקים שהביא כנה"ג.

ג. בספר כנסת הגדולה חיו"ד סי' קסה כתב - "עלתה הסכמת הרבנים שעברו וגם עתה בזמנינו לפשר בין הסוחרים, מהר"ש הלוי חלק חו"מ סי' ל"ג".

והנה במקור הדברים, בשו"ת מהר"ש הלוי, נראה שהפשרה היא מכח הסכמת חכמי העיר שתקנו לפשר, וז"ל - "שמענו בדורות שעברו ... הרבנים הגאונים איתני עולם ... הסכימו בהסכמה לפשר בין הסוחרים בעניינים כיוצא באלו, וגם עתה בזמנינו זה בעירנו עיר גדולה לאלוקים שאלוניקי יע"א הסכימו הרבנים הגדולים המאירים לארץ ולדרים ... לעשות פשרה ועלתה הסכמתם שמן הראוי הוא ללכת בדרכי הישר והטוב ולבקש הדרך הנכונה והיא פשרה".

ואכן בספר בית שלמה להג"ר שלמה חסון ז"ל שהיה מחכמי שאלוניקי בדור שאחר מהרשד"ם ומהרש"ך, כתב בסי' מח - "אמנם אחר שעלתה הסכמת הרבנים הי"ו בעירנו זאת לעשות תקנה שחשו להפסד הסוחרים, ... יש לספק אם גם בכתובות יש מקום לעשות התקנה הזאת ושאלתי לרב הגדול כמה"ר חיים זל"ה המאיר עינינו ואמר לי שגם בכתובות יש לעשות תקנה ושכך עלתה הסכמתו, וכך השיב לשואלו דבר".

הרי מפורש בדבריו שהיסוד לפשרה הוא מכח תקנת חכמי העיר.

וכן בספר חקרי לב מהדורא תניינא חו"מ סי' ט' כתב - "ראיתי בכתבי בעל בתי כהונה ז"ל בענין עלית וירידת המטבעות שכתב וסוגיין דעלמא בחובות לפשר כמ"ש מוהר"ש הלוי חו"מ סי' ל"ג וכן הורו הראנ"ח ושאר האחרונים. והנראה שלא ראה דברי הרימ"ט ח"א סי' ע"ד ובאה"ע סי' ב' שאין זה אלא במקום שהתקנה כך, דהיינו בקושטא ושאלוניקי אבל בשאר מקומות יקוב הדין את ההר".

וכן בשו"ת פרח שושן (להג"ר ישועה בן אברהם ז"ל) חלק חו"מ כלל ד' סי' א' כתב - "וכל זה הוא בדרך פשרה במקום שיש ביניהם תיקון מנהג בזה, אמנם במקום שאין מנהג, הרי דינו של כל דבר מבואר בדברי הפוסקים ... דעת רוב הפוסקים שחייב לתת לו כמנין הגרוש או הזהובים הכתובים בשטר בין אם עלו בין אם ירדו. וכתב הר"ב בני שמואל בתשובה סי' מ"ט דהגם אם הוולו פירי בשביל ירידת המטבעות אין בכך כלום ע"ש, כן מבואר בדברי מהר"י קשטרו בהגהותיו לסי' קס"ה שכתב הוולו המעות או הוקרו ולא נשתנה המשקל לאו כלום הוא ונותן לו מה שהלוהו או מה שנתחייב לו ע"ש משמע דלא קפדינן איוקרא חולא".

וכן בספר יש מאין (להג"ר אליהו ילזו ז"ל, אב"ד טבריה) ח"ב יו"ד סי' ד' כתב - "הלואה זכאי בדינו לפרוע דוקא כערך הראשון כי יש לו לסמוך על הסוברים כן ולומר קים לי .. ותקנת רבותינו ז"ל לפשר לאו דינא רק תקנה, וכבר כתב

מסקנת הבית אפרים - "סיומא דפסקא נלענ"ד דכגון זו דני"ד שבשעת ההלוואה או המקח ג"כ היה עומד בספק אם בעת הפירעון יעלה או ירד, שבודאי משלם בב"ץ הן עלה או ירד ... אם לא היכי שלפי ראות עיני בית הדין היו שינוי השערים גדול מאד באופן שלא יפול על לב אדם שיהיה שינוי כזה במשך הזמן הלו, וכיון שהיא סיבה רחוקה ונפלאה י"ל כמ"ש מהרשד"ם דאונסא דלא שכיח לא הו"ל לאסוקי אדעתיה. וגם בזה יש מקום לדון וטוב לפשר כמו שכתבו מקצת גדולים בתשובותיהם ... בכגוונא דני"ד שבשעת מו"מ היה ידוע שאפשר שבעת ההוא יעלו או ירדו ... אדעתא דהכי נחית וגמר ואקניה, אם לא שעלה או ירד כמה מעלות אחרונת שלפי ראות עיני בית הדין לא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיהיה שינוי כזה", עכ"ל הבית אפרים.

לפי זה, אם בתקופה קצרה ערך המטבע ירד באופן קיצוני בלתי צפוי, לדעת הבית אפרים, יש מקום לנהוג כהכרעת כנסת הגדולה ולפשר בין הצדדים עקב מחלוקת מהרשד"ם ומהרש"ך. אבל אם במשך השנים הרבות שעברו מיום ההתחייבות, הפיחות היה איטי, והיה צפוי, ועכ"פ לא אירע פיחות חד בלתי צפוי שהביא לשינוי גדול בשער המטבע בפרק הזמן מיום ההתחייבות ועד ליום הפירעון, הרי שגם אם בעקבות הזמן הממושך שחלף, כגון 22 שנים בנידון דנן, שעברו מיום הנישואין ועד ליום הפירעון, המטבע נשחק מאד, אין לגבות אלא כפי ערכו היום. מכיון שאילו בזמנו הצדדים היו מבררים אצל יודעי דבר, היו מבהירים להם שבהתאם למצב המטבע בשנים אלו, צפוי שכעבור 22 שנה הסכום יאבד מערכו מאות אחוזים. בנסיבות אלו קבע הבית אפרים שאין אומדנא דמוכח שמעיקרא כוונת הבעל להתחייב על סכום צמוד למדד. וכמבואר בדבריו שכתב "היו שינוי השערים גדול מאד באופן שלא יפול על לב אדם שיהיה שינוי כזה במשך הזמן הלו", דהיינו יש לבחון האם שינוי שערים החריג ארע בתקופה קצרה, אבל אם הפער נבע ממשך הזמן הארוך שחלף, אין כאן שינוי בלתי צפוי, ובכ"ה"ג לא אמר מהרשד"ם את דבריו.

במחלוקת מהרשד"ם ומהרש"ך, מצינו שלש דרכים בהכרעת הדין, הלכה למעשה.

א. בספר אבני מילואים סי' קיד סק"א הביא מדברי מהרשד"ם, וכתב - "אבל כבר הלכה מרווחת בישראל דאין צריך לשלם אלא אותו מטבע שפסק, אע"פ דהוולו אחר כך".
ב. בספר פתח הבית (למהר"א טיקטין ז"ל) סי' כו כתב - "עיינתי בכנה"ג חו"מ סי' ע"ד בהגהת הטור אות טו, הביא שם מחלוקת הפוסקים, דיש סוברים דאם הוול המטבע מחמת גזירת המלך בלא פחת במשקל צריך לשלם כערך עתה כמו פחת נסכא. אבל מהרש"ך סובר דדוקא פחת כסף, אבל אם הוולו מחמת גזירת המלך אין צריך לשלם רק כפי שהלוהו ... וא"כ היה נראה ... דהוי ספיקא דדינא ויכול המוחזק לומר קים לי כמהרש"ך דהוול לא הוי כמו נפסל,

הק' גרוש' הנזכרים, שנים עשר אלף לבנים. יורנו רבינו אם תתפרע ק' גרוש' בעד כתובתה או תתפרע שמנה אלפים לבנים".

ובתשובתו השיב וז"ל – "אמנם לענין כתובת אשה הוגד אלי ומזקנים אתבונן כי בעירינו קושטנ' מנהגן של ישראל בעלית וירידת מטבעות לפשר באופן זה ... והכל ודאי לפי המנהג, דכל הנשאת על דעת המנהג היא נשאת, אך כשנתחייב בכתובה לתת גרוש' בגרוש' כגון שכתוב בה סך גרוש' דאז בודאי להתחייב בגרוש' נכתב, אז לא הונהג שום מנהג ונשאר הדבר לדין המוזכר בגמרא שיפרע לו מגרוש' ... לפרוע במספרם כמשפט הכתוב בכתובה אף אם הוזלו הפירות".

מבואר שבמקומו של הפני משה נהגו לפשר רק כשכתבו באופן המבואר בשאלה, דהיינו כתבו גרושים ופרטו כמה לבנים הם שוים, ואחר כך השתנה ערך הגרושים יחסית ללבנים, מכפי שהיה ערכם בעת הנישואין. ונהגו לפשר רק כשהתעוררה השאלה האם הקובע הוא הסכום הנקוב בגרושים או הקובע הוא הפירוט המבאר את ערכן בלבנים. אך לא נהגו לפשר כשנקבו בכתובה סכום של מטבע אחד בלבד, וירד ערכו. ופסק הפני משה שכל הנשאת על דעת המנהג היא נשאת, ויש לפשר רק כשהמנהג הוא לפשר.

וע"ע בתשב"ץ חוט המשולש ח"א סי' יז אות ט' שתלה עניין זה של גביית כתובה, כערך שעת הנישואין, במנהג המדינה, דכל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא אותה. לפי דרכם של חוט המשולש והפני משה, מאחר וכיום אין מנהג ידוע להצמיד את ערך הכתובה, ורוב בתי הדין נהגו שלא לפסוק הצמדה, וכן אין מנהג ידוע לפשר בשאלת ההצמדה אין מקום לפסוק הצמדה.

מסקנת הדברים

א. נחלקו מהרשד"ם ומהרש"ך אודות אירוע בזמנם שהמלך פייחת את ערך הגרושוש ודנו האם ישלם כערכם ביום ההלוואה והמקח, או כערכם ביום הפירעון. לדעת מהרש"ך יש לגבות את הסכום הנקוב בשטר ולא להתחשב בפחות ערכו, ומהרשד"ם פסק שיש לגבות כערכו ביום ההתחייבות. ודעת רוב האחרונים כשיטת מהרש"ך וכמ"ש בספר פרח שושן.

ב. בהכרעת ההלכה במחלוקת מהרשד"ם ומהרש"ך, מצינו שלש שיטות, בספר אבני מילואים ופרח שושן הורו לפסוק כדעת רוב הפוסקים וכשיטת מהרש"ך. וכתב האבני מילואים שכן רווחת הלכה בישראל. יש שקבעו שהמחוזק יכול לטעון קים לי. ויש מקומות שחכמי המקום תקנו לפשר בין הצדדים, או שהורו לנהוג כמנהג המקום שנהגו בפשרה במקרים ידועים. אך לא מצאנו מקור ברור להורות על פשרה בלא תקנת חכמי המקום בלא מנהג ידוע ובלא שבעלי הדין הסמיכו את בית הדין לפשר.

ג. יש מקום לומר שדברי מהרשד"ם נאמרו רק ביחס לפיחות הגרושוש, שהיה פיחות של מטבע מסוג מסויים,

החקרי לה שם במהדורא בתרא סי' ט' דלא תקנו זה רק בקושטא וסאלוניק וי"ל דדוקא למקומם תקנו וכמ"ש דהלל לדריה הוא דתיקן".

וכן בספר ויאמר יצחק (להג"ר יצחק וואליד ז"ל) ח"א סי' קיב הביא מדברי הפוסקים שכתבו לפשר והוסיף – "וכן מצינו לרבותינו בעלי התקנות ז"ל שתקנו בשנת אחישנה ליצירה תקנה קבועה לדורות להתחלק כל העודף שמפאת יוקר המטבעות שעלה מיום הודאת ועד יום הפירעון בין התובע והנתבע לחצאין בין רב למעט".

הרי מבואר שהפשרה היתה מעוגנת בתקנת חכמי המקום שהתכנסו לתקן את הפשרה, ובמקום שלא תיקנו חזרנו לדון כעיקר הדין.

כאמור, החקרי לב כבר ציין שהדברים מפורשים במהרי"ט ח"ב אה"ע סי' ב'. אמנם מהרי"ט גופיה הוא מהסוברים שיש לגבות את הכתובה כפי ערכה בעת הנישואין, ולא כפי ערך המטבע ביום גבייתה, ואדרבה פסק לגבות את הערך הנ"ל במלואו בלא פשרה. אך בהתייחסו למנהג לפשר כתב מהרי"ט - "ואל תשיבני אם יש מקומות שנוהגים לפרוע הכתובות והחובות הישנות בדרך ממוצע שכל ששים לבנים ראשונים יפרע גרוש' א', וכן נוהגים ובאים בא"י מזמן הרבנים גדולי הדור שלפנים עד עתה, שזה ודאי תקנה היא שהתקינו ודרך בקשה וריצוי שחשו להפסד היתומים ולהפסד בעלי בתים שכמה סוחרים ירדו מנכסיהם בסיבת הפסד המטבעות. ומן הדין אין כח להפקיע זכות האשה ובעלי חוב שכבר חל שעבודן דהא דאמרין בריש בב"ב דרשאין בני העיר להסיע על קצתן, כתב המרדכי בשם רבינו תם דוקא היכא דכבר התנו ביניהם, אבל אם לא התנו ביניהם מתחילה אין כח בבני העיר להכריח לאחד מבני העיר למה שירצו. וכן הביא שם בסמוך מתשובת רבינו מאיר ז"ל ובתקנות חרמי אלגזייר שעשו על פי הרב ריב"ש ורבנים שעמו דבקיאי כר' אמי ור' אסי בדורם ונסדרו ע"י הרב ר' דוראן ז"ל וכתוב בסופן והוצאו מכלל זה מי שנשא קודם זה הזמן שאינו בכלל אלו התקנות וכתב עליו הרב ר' דוראן ז"ל שהיתה הכונה בזו לפי דנשים שנשאו קודם עד שלא תקנו זו שלא הי' אפשר לשנות בהם לפי שהוא זכות לא' וחובה לא' ואין חבין לו לאדם אלא מדעתו ורצונו ועוד שלא תהא תקנה שלנו גדולה מתקנת רבנן סבוראי דהסכימו בשתי ישיבות וחתמו בעזקתא דריש גלותא לגבות לכתובת אשה וב"ח ממטלטלי וכתב הרמב"ם פט"ז מה' אישות (הלכה ט') שאין כח בתקנתם של גאונים לדון בה אע"פ שלא נתפרשה. אלא כל מה שנהגו שם לא היה אלא דרך פשרה וריצוי, ויניחו לנו מקומינו נהרא נהרא ופשטיה, דבמקום שאין תקנה יעמוד הדבר על דין תורה שתתפרע מן המטבע הראשון".

ובשו"ת פני משה ח"ב סי' צו קבע לפשר מפני שכך נהגו במקומם. הנידון בתשובת פני משה הוא בכתובה שכתוב בה - "סך הכל ק' גרוש' שהם ח' אלפים לבנים, ועתה בעת הפירעון שזה הגרוש' לערך ק"כ לבנים שנמצא שעולה סך

גזירות בשלהי מסכת כתובות, וכתב זה הרמב"ם ז"ל בפ"י מהלכות הנוכרת שאין כל זה אלא ביוצאה ממדינה למדינה אבל במדינה עצמה לא אמר זה, אדרבא במדינה עצמה אין הפרש בין כתובת אשה להלוואה בענין שינוי המטבעות, עכ"ל.

אך אין מדברי יכין ובוועז ראייה אלא שבאותה מדינה הבעל מחוייב באותה מטבע שהתחייב בפירוש, וכמבואר באותה הלכה ברמב"ם, אך עדיין אין ראייה לפיחות באותה מטבע גופה.

והרדב"ז בתשובה חלק א' סי' תקס כתב - "שאלת ממני אודיעך דעתי באלמנה שהוציאה כתובה וכתוב בה סכום מיידים ממטבע היוצא בזמן הזה ובאותו זמן היו המיידים יותר טובים במשקל ובכסף מאותם שהם יוצאים עתה וכולם שמם מיידים, אם חייבים היתומים לשלם לה עתה מה ששויים המיידים של אותו זמן או דילמא משלמין לה מיידים של הזמן הזה ותו לא.

תשובה, הדבר ברור אצלי שאינם חייבין לשלם אלא מיידים של זמן זה כפי סכום מנין הכתוב בכתובה ותו לא דקולי כתובה שנו. דתנן הנושא אשה בארץ ישראל ובא לגרשה בקפוטקיא נותן לה ממעות קפוטקיא אעפ"י שהם קלים ופחותים ממעות א"י דמקולי כתובה שנו כאן, והכי פסקו רוב הפוסקים אשר אנו רגילים לסמוך עליהם. וק"ו הדברים, השתא ומה התם דאיכא שנוי במקומות וגם המטבע משונה משום דכתב לה מעות סתם מגבינן לה הפחות שבהם, כ"ש בנ"ד ששם המטבע אחד הוא ובמקום אחד וממלך אחד שאין מגבינן לה אלא מה שיוצא בזמן גביית הכתובה, וכן המנהג ולא ראינו מי שפקפק בזה ... אבל כתובה לעולם כדהשתא פורע. תדע דיהיב לה ממעות קפוטקיא ולא מפלגינן אם הפירות בקפוטקיא ביוקר או בזול אלא בכל גוונא אמרינן קולי כתובה שנו כאן. וא"ת שהרמב"ם ז"ל פרק ד' מהלכות מלוה ולוה הוה השוה בין כתובה למלוה לענין זה, וז"ל המלוה את חבירו על המטבע וכן הכותב לאשתו בכתובתה מטבע ידוע ופירש משקלו והוסיפו על משקלו אם הוחלו הפירות וכו', וה"ה למלוה על המטבע ופחתו ממנו. ויש לומר שלא הוה אותם הרב ז"ל אלא היכא דפירש משקלו, דכיון דפירש משקלו הוה כאילו פירש מטבע ידוע ובא לפרוע לה מטבע אחר, ובכה"ג לא אמרינן קולי כתובה שנו כאן. אבל היכא דלא פירש משקלו כנ"ד ופחתו ממנו והוקרו הפירות מפני הפחת או שלא הוקרו הפירות אלא שפחתו חמישיתו בזה מודה הרב ז"ל שיש חילוק בין מלוה לכתובה דבכתובה דאיכא טעמא דקולי כתובה יהיב לה כדהשתא, ובמלוה או בנכסי צ"ב דליכא טעמא דקולא כיון דהוקרו הפירות או שפחתו חמישיתו נותן לו כדמעיקרא, והכי משמע לי דעת הטור שכתב זה הדין ביורה דעה סימן קס"ה במלוה לבד ולא הזכיר כתובת אשה. ובאבן העזר סימן ק' כתב דין האשה ולא כתב אם הוקרו הפירות או הוחלו משמע דכל גוונא שנינו קולי כתובה, עכ"ל.

ובלא שהופחת ערך המטבע האחר - הלבנים, ולמעשה דנו את הגרוש כפירי ולא כטיבעא, ואין ללמוד מדבריו לפיחות הנהוג בזמנינו, וביחס לפיחות מסוג כזה פסק הרמ"א כשיטת המרדכי שעליו לשלם כפי הנקוב בשטר.

ומאחר שהבעל התחייב בשטר הכתובה בסכום מסויים, לא ניתן לשנות מהתחייבות זו מפני אומדן דעת, בנסיבות דנן שהפיחות צפוי ידוע מראש.

(ממוצא דברינו תמוה מש"כ בספר ברכת שלמה חלק אה"ע סוף סי' כה וכן מש"כ ידידנו חבר בית הדין הרה"ג יועזר אריאל שליט"א, בנספח שבספר שורת הדין חלק ט' בסופו, להורות על פשרה גם ללא תקנה וללא מנהג אלא מפני מחלוקת הפוסקים. ומדברי האבני נזר חלק חו"מ סי' כג אין ראייה לדבריהם, מאחר שבתשובת האבני נזר רק מבואר שאין איסור ריבית כשהממון אינו ניתן על ידי הלוה כאגר נטר והתשלום נקבע במסגרת פשרה שקבע הדיין, אך אין בדבריו התייחסות לפשרה מפני מחלוקת הפוסקים בשאלת ירידת שער המטבע).

האם "מקולי כתובה שנו כאן" נאמר גם בנידון זה

במסכת כתובות דף קי: שנינו "נשא אשה בא"י וגרשה בקפוטקיא, נותן לה ממעות ארץ ישראל. נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בארץ ישראל נותן לה ממעות ארץ ישראל"

ובגמ' - "הא גופא קשיא, קתני נשא אשה בארץ ישראל וגרשה בקפוטקיא נותן לה ממעות ארץ ישראל, אלמא בתר שיעבודא אזלינן. אימא סיפא נשא אשה בקפוטקיא וגרשה בארץ ישראל נותן לה ממעות ארץ ישראל, אלמא בתר גוביינא אזלינן. אמר רבה מקולי כתובה שנו כאן, קסבר כתובה דרבנן". וכן פסקו הפוסקים והשו"ע אה"ע סי' ק' סעיף ה'.

ובספרו מנחת שלמה חלק א' סי' נב כתב הגרש"ז אוערברך ז"ל - "נראה שלמ"ד דחיוב כתובה רק מדרבנן, דה"ה נמי שאף אם חייב עצמו בשטר ובקנין אפילו הכי אמרינן דלא נתכוין כלל לחייב את עצמו אלא באותו החיוב שתקנו חכמים על כתובה, ולכן אף גם במקום שכותבין כתובה אין הבעל חייב בכתובת אשתו אלא מדבריהם, ונותן לה תמיד ממעות ארץ ישראל ולא ממעות קפוטקיא, כדתנן כתובות ק"י: ". ובספר תשובות רבי אליעזר גורדון סי' יח הוסיף לבאר וכתב - "לענין קולי כתובה ... אין דעתו להתחייב יותר ממה שתקנו חכמים".

בספר יכין ובוועז ח"א סי' עז כתב - "ואין מקולי כתובה אלא הכותב כתובה מעות במדינה אחת שמעותיה גדולים ויצאה למדינה אחרת שמעותיה קטנים, או שכתב בכתובה במדינה שמעותיה קטנים ויצאו למדינה אחרת שמעותיה גדולים, כגון שנשא אשה בא"י וגרשה בקפוטקיא או שנשא בקפוטקיא וגרשה בא"י לעולם אינה מקבלת אלא מעות הקטנים, וזה מקולי כתובה כמו שנזכר דין זה בפרק ב' דיני

משנה כתב "ודין הכתובה שכתב רבנו נתבאר פרק י"ו מהלכות אישות. ושם מבואר בהלכה ו' כתב שאם "פרש בה מטבע ידוע, בין בעיקר ובין בתוספת, הרי היא כדין המלוה את חברו מטבע ידוע שנתן לו כמה שהלוהו, כמו שיתבאר בהלכות הלואה". אבל בלא"ה פסק בתחילת ההלכה "מקולי כתובה שתיטול האשה כתובתה מן הפחות שבמטבעות", הרי מבואר שרק אם פירש בה מטבע ידוע ופרש משקלו אין דנים "קולי כתובה", וע"ע בחכמת שלמה למהרש"ק על שו"ע אה"ע סי' סו סעיף ז'.

נראה ברור שאף ה"ט"ז לא איירי אלא בשינוי במטבע, כך שמלבד שינוי הערך קיים שינוי במטבע גופה.

וז"ל ט"ז – "במקום שאין ריבית, כגון נותן מתנה לחבירו ומבטיח לו ליתן לו לזמן פלוני מאה זהובים והוסיפו על המטבע, צריך ליתן לו מאה זהובים דשעת פירעון. והטעם נראה ברור, דאינו שייך לומר בזה לילך אחר שעת השיעבוד, דהא בשעת הפירעון צריך שיהיו על המעות שם של מאה זהובים, ומה יועיל שיהיו על המעות שם של מאה זהובים בשעת השיעבוד, הרי הבטיחו על הפרעון שיהיה בעת ההיא מאה זהובים ... דדוקא בשתי מקומות, דיש עכ"פ שם של מאה זהובים על המעות בשעת הפרעון, דהיינו במקום האחר, והוא יש לו דרך לילך לשם על כן שפיר קא"ל הרי לך מאה זהובים. משא"כ בהוסיפו על המטבע, דעכשיו אין לה שם של מאה זהובים כלל, והוא התנה לתת לו מאה זהובים".

ומבואר בדבריו, דוקא במעות א"י וקפוטקיא, בשתי המקומות יש על המטבע אותו שם, לכן הולכים אחר הפחות שבהן, משא"כ בנידון שבדברי ה"ט"ז.

ולפי זה, לא מיבעיא אם רק ערך הכסף ירד, דודאי אף ה"ט"ז מודה לדברי הדרישה ואין לגבות אלא כסכום הנקוב בכתובה, והיינו מכח ההלכה של "קולי כתובה", אלא אף אם הוחלף המטבע משקלים ישנים לשקלים חדשים, מכיון שהיה רצף בין שני המטבעות "אותה גברת בשינוי אדרת", הרי מכיון שמיד לאחר החלפת המטבע כולם ידעו שזהו אותו מטבע אלא בשם אחר, אין לדון זאת כמטבע אחר הנידון בדברי ה"ט"ז.

מסקנת הדברים - אין מקום להורות על תשלום יותר מסך 10,000 שקל כתשלום עבור תוספת הכתובה.

וכן הוא בתשובת מהר"ם גאויזון סי' ט' שדן בכה"ג דין "קולי כתובה", ככל שהדבר נוגע לכתובה ותוספת אך לא ביחס לנצ"ב, וכתב - "ומעולם לא שמענו ולא ראינו פירעון כתובה אלא כדהשתא לקולא ולא לחומרא".

וע"ע בתשובת מהר"ט ח"ב אה"ע סי' ב'.

אמנם בעיקר שאלה זו האם הלכה זו של "קולי כתובה שנו כאן", נאמרה גם בשינוי בערך המטבע, נחלקו ה"ט"ז והדרישה. עיין בב"ש סי' סו ס"ק טו וסי' ק' ס"ק כג שהביא דעת ה"ט"ז שבשינוי שער המטבע כשהוסיפו על ערך המטבע יש לגבות כמטבע היוצא בעת גביית הכתובה ואינו דומה לגביית מלוה, מאחר ובגביית כתובה אין לחוש לאיסור ריבית. ולדעתו הלכה זו דמקולי כתובה לא נאמרה במקרה זה, ובאר הב"ש שיטה זו - "אע"ג דקי"ל אם נעשה הלואה במקום אחד והוציאה הש"ח במקום אחר הולכים אחר השיעבוד, ולענין הוספה אין הולכים אחר השיעבוד. משום אם נשתנה המטבע או בזמן פירעון אין שם מאה זהובים שחייבים לו על סך מן המטבע הראשונה, אבל בשני מקומות יש שם ק' זהובים דהא במקום אחר יש עליהם שם זה".

לעומת זאת, לשיטת הדרישה מפני ההלכה של "קולי כתובה" יש לגבות מהערך הנמוך יותר. ובאר הב"ש "דס"ל אם נשתנה המטבע מקילין לענין הפרעון כמו דמקילין לענין שני מקומות". עיי"ש שכתב שכן פסקו חכמי פולין. ועיין בפת"ש ס"ק יא שכתב - "ועיין בתשובת חת"ס סי' קכ"ו שכתב דמשמע הסכמת בית שמואל כפרישה דלענין שינוי מחמת זמן נמי אמרינן מקולי כתובה כמו דאמרינן בשינוי שממקום למקום".

וע"ע בהגהות שי למורא על שו"ע סי' סו ובהפלאה סי' סו ס"ק יג שתמהו על ה"ט"ז והב"ש מדברי הרמב"ם (פ"ד מהלכות מלוה הלכה יא-יב) שהשווה דיני גביית כתובה לדיני גביית חוב, ולפי הערה זו לא היה מקום לדון דיני "קולי כתובה" בשינוי ערך המטבע. אך כבר הוזכרה הערה זו בתשובת הרדב"ז הנוכרת, ועיי"ש בביאור הדברים, ובאור זה של הרדב"ז מדויק בלשון הרמב"ם, שבהלכות מלוה הרמב"ם כתב "המלוה את חברו על המטבע, וכן הכותב לאשתו בכתובתה מטבע ידוע ופירש משקלו", הרי שלענין מלוה כתב רק בסתמא המלוה את חברו על המטבע, ורק לענין כתובה הוסיף - "מטבע ידוע ופירש משקלו", ובמגיד

סימן כ

פרע הלואה ולאחר זמן נמצאו חלק מהשטרות מזוייפים

טז תמוז תשס"ד

פתק שההלואה נפרעה. התובע טוען ששטרי הכסף נשארו אצלו פרק זמן ולא הוציאם, ולאחר זמן העבירם לרב ד. שהחזיק בכסף מספר חדשים וממנו הכסף עבר לרב ה. הרב ה. עשה בדיקה בשטרי הכסף ומצא שסך 3200 דולר מזוייפים.

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעת א. כנגד ב. משיבה פלונית. התובע הלוח לנתבע 20,000 דולר עבור הישיבה, ולאחר זמן הנתבע פרע את חובו והחזיר 20,000 דולר לתובע ונרשם על

בשורת מהרש"ך חלק ב' סי' קסז כתב כסברת מהרשד"ם, וז"ל - "אמנם באונאת מטבע פסול ומזוייף דהוי מקח טעות ומדינא לעולם חוזר, אם כן אפילו אינו מכירה חייב להחליפה. דכיון שהוא ודאי חייב לחברו המעות שקבל בעד הגרושו או הזהב ההוא, והוא מסופק אם פרע, והיינו שאינו מכיר אם הגרושו או הזהב הנמצא פסול הוא שלו, אם כן נמצא שחייב לחברו בודאי וספק אם פרע. והדבר ידוע וזה כלל גדול בדין דודאי בחיובא וספק בחזרה דהיינו כאומר לחברו מנה לי בידך והלה טוען מנה לך בידי אבל איני יודע אם פרעתך אם לא חייב לפרוע. ... כל שאינו מכירו חייב להחליפו ואין שכנגדו צריך לישבע, אבל אם ירצה יחריס סתם על מי שנוטל ממנו שלא כדין וכל זה פשוט וברור".

ועיין בפת"ש סי' עה ס"ק כז שהביא דעת האחרונים בזה. גם בהכרעת ההלכה למעשה נחלקו אחרונים. בספר אות היא לעולם (לרבי יהושע רפאל מנחם ז"ל) מערכת האל"ף אונאה הביא שהרב בית דוד והרב חקרי לב פסקו כדעת מהרשד"ם, וכתב שם - "ועיין עוד בספר פני מבין ח"ב דף קכ"ג דהסכים והחליט הרב דאינו יכול לטעון קים לי כהט"ז והחינוך בית יהודה ... אין לנו לזוז ממה שפסק עט"ר מור"ה ה"ה בעל חקרי לב ... ומה גם כי הוא מארי דאתרין ומימיו אנו שותין, וכן עשיתי מעשה אנכי הצעיר".

אבל בשורת מנחת יהודה (להג"ר יהודה ז"ל מלבוב) סי' מה כתב - "וכן ראיתי ממורים ז"ל הלכה למעשה כשיטת הט"ז ודלא כשיטת הש"ך בשם מהרשד"ם".

והנה גם לפי דרכו של הש"ך בשם מהרשד"ם, בעובדא דתשובת מהרשד"ם, המקרה היה כפי שבמקרה דנן, שמקבל המעות, העבירם לאחר, ואצלו התגלה הזיוף. וכתב בזה מהרשד"ם (חלק חו"מ סי' פ') כדלהלן - "יש להסתפק אם מי שקבל המעות מראובן נתנם ללוי ולוי החזירם לשמעון במה שהאמין שמעון ללוי שהם הם המעות שנתן לו, אם יאמר ראובן אני איני מאמין ללוי את מהימנת לי כי היכי דאמרינן גבי שומר שמסר לשומר. או דלמא דאפשר דשאני הכא דיש לנו לחזור לעיקר הדין שיאמר שמעון לראובן אמת כי נתתם ללוי כמו שקבלתם ממך ואני מאמין שלוי נאמן והם אלו אבל אתה חייב ליפרע לי במעות טובים, ואם אתה יודע שפרעת לי במעות יפות תשבע ותפטר, ואם לאו תחליף. מה שלא שייך לומר כן במפקיד ... ונראה בעיני שגם בזה הדין עם הנותן. וטעמא דהא קיימא לן דאין נשבעין אלא על טענת ודאי, לא על טענת ספק. ואם כן מקבל המעות שלא יוכל לטעון טענת ודאי, שהרי כיון שמסר המעות לאחר מי יאמר לו שאותו האחר לא החליפם. ואם שהוא מאמינו, מ"מ אין יכול לטעון על דבר שנעלם מעיניו ואין בו סימן כי הוא זה. ואחר שאינו יכול לטעון ודאי, אין הנותן חייב שבועה, כנ"ל... ואם מחזיר המעות אינו יכול לטעון ודאי, אז בעל המעות פטור, ואינו חייב רק לקבל חרם שלא ידע שאלו המעות הם שלו כך, נ"ל מדינא".

הנתבע הודה בעובדות הנ"ל, וטען שחלפו כשנתיים מיום הפירעון ועד ליום שבו הודיעו לו על הזיוף. הנתבע טוען שאינו חושד את התובע או את הרב ה. שאינם דוברי אמת, אך יתכן שאצל התובע הוחלפו שטרי הכסף שנתן לו בשטרות אחרים ושוא אינו זוכר את העבודות לאשורן, הנתבע ציין כי התובע עבר תלאות מסויימות בחייו ויתכן שלאחר שעבר זמן רב אינו זוכר היטב האם השתמש בכסף והניח שטרות אחרים תמורתן.

התובע טוען בטענת ברי, שלא השתמש בשטרי הכסף שקבל מהנתבע.

הכרעת הדין

נחלקו הפוסקים במי שפרע לחבירו במטבע, ולאחר זמן הלה טוען שהמטבע נמצאה מזוייפת, והפורע טוען שאינו יודע אם אכן פרע באותה מטבע.

הט"ז בחו"מ סוף סי' עה כתב - "נשאלתי, מי שפרע לחבירו סך מעות ואחר הפירעון בא המלוה והראה לו מטבע אחת מזוייפת מתוכם, ואמר קבלתיה ממך בפרעון חובי. והלה השיב איני יודע אם היתה מטבע זו באותן המעות, הלא כבר אני מסולק ממך בשעת הפירעון בחזקת החוב ועכשיו איני יודע. ויש בזה חילוק בין הדיינים, קצתם מדמים לאיני יודע אם אני חייב דנשבע ונפטר, וקצתם מדמים לאיני יודע אם פרעתך".

הט"ז הכריע כדעת הסוברים לדון מקרה זה כאומר איני יודע אם התחייבתי. וז"ל - "באיני יודע אם אני חייב לך, ועכשיו נולד ספק, מוקמינן בחזקתו שהיה תחילה קודם הספק, דלא היה עליו שום חוב. משא"כ באיני יודע אם פרעתך, אם נוקי הממון בחזקת קמא, קודם שנולד הספק, אז ודאי חייב לו, ממילא נשאר החוב בתוקפו. נמצא בנידון זה שכבר פרעו, נסתלק ממנו. ועכשיו נולד הספק במטבע המזוייפת, נוקי הדבר כמו שהיה בחזקה עד עכשיו, והוא בחזקת פירעון טוב. דרוב מטבעות אינן מזוייפים, והוא עכשיו כתובעו תביעה חדשה, וזה טוען איני יודע אם אני חייב לך, שישבע היסת שאינו יודע ופטור, כנלע"ד ברור ונכון".

הגאון רבי עקיבא איגר ז"ל בתשובות החדשות סי' י' כתב בתוך דבריו - "כתב בתשובת חינוך בית יהודה סי' ק"ז בדינו דהט"ז סי' ע"ה במטבע מזוייפת, כיון דלא הו"ל למידע ולהעלות בלבו שיש מטבע מזוייפת בתוכו פטור עיי"ש".

לעומת זאת, הש"ך חו"מ סי' רלב ס"ק טו כתב - "פסק בתשובת רשד"ם ח"ג סי' פ' באם שחייב לו בעד קנין חפץ או שאר דברים ונתן לו המעות, ואחר כמה ימים רוצה להחזיר מחמת שמצא מקצתם לא טובים. והלה טוען למה לא בררת אותם בשעת פירעון. ופסק דאם הלה טוען שידע בבירור שממנו לקח הרעים והלה טוען ברי לי שנתתי לו טובים, נשבע הלה ונפטר. אבל אם טוען איני יודע אם הם שלי אם לא, צריך לשלם, ואין לו עליו אלא חרם סתם כדין איני יודע אם פרעתך".

ובהמשך דברי רש"י נראה כי "קצת ברי" היינו אף כשהתובע מסתמך על דברי הנתבע האומר "גולתיך".

לפי זה ה"ה במקרה שטענת הברי מבוססת על אדם אחר הנאמן עליו, ק"ו בנידון דנן שהאדם האחר נאמן על שני הצדדים, שהרי הנתבע אמר שהוא מאמין לאותו אחר שעליו התובע מסתמך בתביעתו. על כן על הנתבע לשלם אם מבקש לצאת ידי שמים.

נוסיף בזה מה שכתב בספר דברי יציב חו"מ סי' לר - "הטעם דחייב לצאת ידי שמים י"ל, דהנה ידוע קושיית מהר"י באסן הובא בכנסה"ג [כללי קים לי אות ז'] דבכל ספק גזל היה לנו להחמיר ולשלם מספק כמו בכל ספק איסור תורה, ותיירך דמ"מ אינו יכול לשלם שהרי גם אצל שכנגדו יש ספק איסור עיי"ש. וא"כ כשהתובע טוען שברי לו, אף שאין ב"ד יכולים לירד לנכסיו, מ"מ מוטל עליו לצאת ידי ספק איסור ולשלם להתובע ודו"ק. ומצאתי כעין זה בחתן סופר [שיטת מודה במקצת אות שט"ז], עכ"ל.

בגדר חיוב זה דלצאת ידי שמים בברי ושמה כתב הש"ך סי' פח ס"ק לו - "הך לצאת ידי שמים דלעיל סימן ע"ה הוא מידת חסידות".

וע"ע בספר שער ישר שער ה' פרק טו במה שהאר"י לבאר גדר זה של "חייב בבא לצאת ידי שמים", ונטה מדברי הש"ך. וכתב שם - דבברי ושמה, לאו ברי עדיף, מפני חזקת הממון של המוחזק הטוען שמה, אך לדין שמים חזקת ממון אינה מועילה, כיון שאינה חזקה המכריעה את הספק. והוסיף השערי ישר - "בנוגע לענין לצאת ידי שמים דלא מהני חזקת ממון, לעולם ברי ושמה ברי עדיף, וכשרוצה לצאת ידי שמים ולשלם לתובע ולא להשתמש בכח חזקת ממון דידי", והרי אז מחוייב גם דיני אדם ... בלא חזקת ממון הרי ברי ושמה עדיף גם בדיני אדם. ומדוייק היטב הלשון שאמרו בגמ' דאם בא לצאת ידי שמים אז הוא חייב לשלם גם בדיני אדם ... כשרוצה לצאת ידי שמים דאז זכה התובע מדינא ... נפקא מינה בזה שבארנו דאם רוצה לצאת ידי שמים חייב גם מדינא, היכא שהתובע חייב לאחרים, אם מחוייב לשלם למלוה של התובע מדינא דרבי נתן, דאם היה רק חיוב לצאת ידי שמים כפשוטו, כמ"ש הש"ך ממידת חסידות בעלמא, י"ל שאינו מחוייב לשלם הדמים לבעל חוב דידי, דבחיוב כזה לא מצינו דין שעבודא דר"ג, כמ"ש האחרונים בחו"מ סי' ט'. אבל לפי מש"כ ודאי חייב לשלם לבעל חוב דידי, כיון דאם רוצה לצאת ידי שמים, הוא חייב גם בדיני אדם", עכ"ל השערי ישר.

הבאנו את הדברים בלא להכנס להכריע בין דרכו של הש"ך לדרכו של השערי ישר, ונראה, הלכה למעשה לנהוג כנוסח הנמצא בתשובת הגרע"א ז"ל ח"א סי' קא שכתב בתוך דבריו בלשון זו - "כהיה דאיני יודע אם נתחייבתי, דמשמע לא דהב"ד אומרים דחייב אתה, אלא שאנחנו לא נרד לנכסיו. אלא דמורין לו דפטור אתה, רק כדי לצאת ידי שמים טוב לך לשלם".

הרמ"א בחו"מ סי' עה סכ"ג כתב - "ויש אומרים דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן, אפילו קרוב שלו, משביעין אותו היסת, וכן נראה לי להורות".

לדעת הרמ"א ברי על ידי אחר יחשב כברי לעניין חיוב שבועה, (דבר שאינו נ"מ לנ"ד שאותו אחר נוגע), ויש לדון אי ברי על ידי אחר מיקרי טענת ברי כשהנ"מ היא לעניין ממון. בספר קצות החשן סי' רכד סק"א כתב - "ודאי אפילו שמע מפי מאה עדים שאמרו לו שהיה בה המום קודם, כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד ובפני בע"ד, וכל שעדיין לא העידו בב"ד לא הוי טענת ברי על פיהם, אלא לענין שבועה דיכול להשביע על פי שמועה ששמע אפילו מפי קרוב".

אמנם בתומים סי' עה סק"ח כתב שלעניין ברי ושמה מהני טענת ברי על פי אחר, ועיי"ש בראייתו מב"מ דף צד. ולפי דרכו אין מקום למסקנת מהרשד"ם, מאחר שמקבל המטבע נידון כטוען טענת ברי, למרות שמסתמך על אחר. אך בספר אבן האזל חלק ה' הלכות טוען ונטען סי' עה סעיף י' תמה עליו מסוגיא מפורשת במסכת בבא בתרא דף קלה. גבי זה אחי, דמבואר שטענת ברי המסתמכת על אחר נידונה כטענת שמה, בהלכה זו של ברי ושמה. ובזה נשאר על כנם דברי המהרשד"ם במסקנתו דבנידון שלו וכעין נידון דנן, אין התובע נידון כטוען טענת ברי.

על כן, הן לשיטת הט"ז והן לשיטת המהרשד"ם, בנידון דידן אין לחייב את הנתבע בתשלום.

אך עכ"פ נראה שבנידון זה יש להורות שמידת חסידות, על מנת לצאת ידי ספק גזל, מוטל על הנתבע לשלם את מלוא סכום התביעה, אף דלא נחתין לנכסיו, וזאת מהטעם המבואר להלן.

בדין איני יודע אם נתחייבתי נאמר במסכת ב"ק דף קיח. - "מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, חייב בבא לצאת ידי שמים". וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' עה סעיף ו'.

הטעם לחייבו בבא לצאת ידי שמים מבואר בחי' הרשב"א במסכת ב"מ דף לו. - "מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דחייב בבא לצאת ידי שמים, דהתם חאיש נפשיה בספק גזילה".

ובחי' הר"ן (הובא בשטמ"ק ב"מ שם) כתב - "וכי תימא וכיון דתבעי ליה וברי ושמה הוא אמאי פטור בבא לצאת ידי שמים, דהא אמרינן בהגזול מנה לי בידך וכו', חייב בבא לצאת ידי שמים ... לא קשיא, דהתם הוא כיון שזה תובעו בברי ונתבע שמה ובא לצאת ידי שמים, יש לו לחשוב שזה שטוענו ברי אומר אמת והוא שכח, ויש לו לצאת מספק גזילה, שלא יעכב ממון אחרים בידו".

נראה שלעניין חיוב לצאת ידי שמים, מהני טענת התובע המסתמכת על אחר, דעכ"פ התובע טוען טענתו בברי. ויעויין בלשון הגמ' שלעניין חיוב לצאת ידי שמים הזכרה "תביעה", ולא נקטו טענת ברי דוקא, כמוזכר בתחילת הסוגיא. ויעויין בלשון רש"י ב"ק דף קיח. ד"ה אתמר נמי, שכתב "היכא דבא לצאת ידי שמים ... חייב היכא דאיכא קצת טענת ברי",

הצדדים מעוניינים להתפשר בהסכמה, הרי שבמסגרת הפשרה יש מקום לשקול זאת. אך פסק הדין הנוכחי קובע את הדין ואינו במסגרת פשרה.

בנוסף יש להורות לתובע לקרוע לאלתר את שטרי הכסף שנמצאו מזוייפים, על מנת שלא יעשה בהם כל שימוש. וזאת בהתאם למבואר בשו"ע חו"מ סי' רכו סעיף יח שאסור להחזיק במטבע שנפסל, ויש להשחיתו כדי שלא יבואו לרמות אחרים.

מסקנת הדברים - במקרה הנוכחי על פי הדין, עקב הספק, לא ניתן לפסוק לחייב את הנתבע בתשלום. אך אנו מודיעים לנתבע שלצאת ידי שמים ולצאת מספק גול, טוב שישלם את מלוא סכום התביעה.

אמנם עלתה טענה מצד הנתבע שעבר זמן רב מיום החזרת החוב לתובע ועד היום שהלה הודיעו שנמצאו שטרות מזוייפים, ויתכן אילו הודיעו מיד, היה עולה בידו לאתר את מקור שטרי הכסף המזוייפים ולתובע את מי שהעבירם אליו, דבר שלא יכול להעשות לאחר זמן רב. אמנם העיכוב לא נבע מעיכוב מכוון, אלא מאחר והסכום היה מונח בלא כל שימוש, לא התגלה הזיוף, ואין מקום לטענה כנגד התובע על עצם העיכוב.

לא מצאנו מקום לטענה זו כשיקול בעצם הדין. החיוב לצאת ידי שמיים נובע מכך שאנו מורים לנתבע שעליו להמנע מלהחשב כלפי שמיא, כספק גולן הנמנע לפרוע חיוב ממון. ביחס לנקודה זו אין משמעות לטענה הנ"ל. אמנם אילו

סימן כא

התובע טוען שהכסף ניתן כהלוואה, ולטענת הנתבע ניתן כמתנה

סיון תשנ"ג

מתוך דברי הצדדים עולה, שכולם היו בטוחים ששמעון יצליח בסופו של דבר להוציא את הכסף מהקבלן, ולא נאמרו דברים מפורשים כיצד ינהגו אם הקבלן לא יחזיר את הכסף. התובע אומר שלא היתה לו כוונה לשלם לקבלן במקום ראובן אלא רק לתת לראובן סכום זה למשך הזמן עד שיצליח להוציא את הכסף מהקבלן, ולטענתו היה ברור לנוגעים בדבר, שכוונתו היתה שהכסף ישמש כהלוואה במקרה שהקבלן לא ישלם. לעומת זאת, הנתבע טוען שהכסף ניתן לו ללא תנאים, והכסף אצלו כמתנה מוחלטת.

במקרה זה, שני הצדדים שומרי תורה ומצוות ויראי שמים, ואין אחד מהם מייחס לחבירו טענות שקר.

מתוך חקירת הצדדים בבית הדין עלה, ששמעון נתן את הכסף על דעת כן שאם לא יקבל את סכום הכסף מהקבלן הוא נותן את הסכום שהעביר לראובן באמצעות אחיו בתורת הלוואה. ומאידך, ראובן לא הבין כן וקבל את הכסף בתורת מתנה. כך שלמעשה בסופו של דבר, עקב תקשורת לקויה בין הצדדים, כל אחד מהצדדים התכוון לדבר אחר. בנסיבות אלו, עלינו לברר - כוונתו של מי קובעת, האם דעתו של הנותן שהתכוון לתת את הכסף כהלוואה, או דעת המקבל קובעת, שהתכוון לקבל את הכסף כמתנה.

נראה להכריע שבמצב כזה קובעת דעתו של הנותן. מאחר שהנותן מעולם לא הקנה את הכסף למקבל בתורת מתנה, אלא על דעת כך ששייבנו לו. ולא כל כמיניה של המקבל לתפסו בתורת מתנה כשאין דעת אחרת מקנה, ובלא הסכמת הבעלים לתת מתנה. סברא זו ברורה, ויש להביא ראיה מהגמרא במסכת כתובות דף סז: בסוגית מתן צדקה לעני נאמר - "יש לו ואינו רוצה להתפרנס נותנין לו לשם מתנה וחוזרין ונפרעין ממנו", והיינו רק לאחר מיתה עיי"ש בסוגיא. הרי מבואר בגמרא שהנותן מתכוין להלוואה, אך

בבית הדין הופיעו ראובן ושמעון לדין תורה. שמעון תובע מראובן סכום של אלף דולר שנתן לו.

ספור המעשה הוא כדלהלן, ראובן בקש לקנות דירה והתקשר עם קבלן, ושלם לקבלן אלף דולר דמי קדימה לרכישת דירה. לאחר מכן ראובן הקונה חזר בו מהעסקה, והתקשה להוציא את דמי הקדימה שהועברו לקבלן. אובדן הכסף גרם עגמת נפש רבה לראובן. בני המשפחה של ראובן פנו לשמעון, שהינו ידיד קרוב מאד של הקבלן, ובקשו את עזרתו. שמעון היה בטוח שיצליח לשכנע את הקבלן להחזיר את הכסף, בהנחה שטיב היחסים בינו לבין הקבלן הוא הדוק, והקבלן יקבל בקשה זו. שמעון הבטיח לאחיו של ראובן, שהבעיה תבוא על פתרונה, ומתוך בטחון שיצליח במשימתו, עוד בטרם שמעון דיבר עם הקבלן שמעון נתן לאחיו עבור ראובן סך של אלף דולר בכמה תשלומים, ואח"כ דיבר עם הקבלן והמתין להחזר הכסף מהקבלן. בסופו של דבר, הקבלן סרב להחזיר את הכסף, וטען שנגרמו לו הפסדים עקב ביטול העסקה.

כעת שמעון תובע את ראובן להחזרת הכסף, לטענתו הכסף ניתן באופן זמני עד שיעלה בידו לקבל החזר מהקבלן, והיה ברור לו שאם לא יעלה בידו להוציא את הכסף מהקבלן, הכסף ישאר אצל ראובן כמלוה בלבד. לעומת זאת, שמעון טוען שהיה ברור שגם אם לא יעלה ביד שמעון להוציא את הכסף מהקבלן הכסף ישאר בידו, מפני שלפי טענתו, שמעון היה כל כך בטוח בכך שיוכל להוציא חזרה את הכסף מהקבלן, ולכן מלכתחילה הכסף ניתן לראובן בלא להגדיר את הכסף כהלוואה. לטענתו, גם כעת לאחר ששמעון לא הצליח להוציא את הכסף, אין מקום לתביעה.

הופיע אחיו של ראובן בבית הדין, וסיפר שהכסף עבר משמעון לאחיו באמצעותו, ותמך בגירסת אחיו.

סתם, בתורת פקדון הוא שנתנה לו ... כשחזר ונתן לו סתם, הרי הוא כנותן לחברו סתם טליתו דאין הנוטל יכול לומר בתורת מתנה קבלתי עד שיאמר לו זה בפירוש במתנה אני נותן לך ... כיון שנטלה סתם ונתנה סתם, על דעת חברו הוא שנתנה לו ולא אמר כלום, עכ"ל.

בדעת הרשב"א כתבו אחרונים, שרק במפרנס אדם הצריך לאותו דבר, ונותן לו על מנת לספק את חסרונו, משא"כ בנותן לו כשאין המקבל צריך לאותו דבר, עיין תשובות רע"א תניינא סי' מה (ד"ה ובנ"ד) בתשובת הגאון בית מאיר וחזו"א אה"ע סי' לח ס"ק טו. ובספר אבן האזל הלכות זכיה ומתנה פ"ז הי"ד באר החילוק המוכח מהלכה אחרת בדברי הרשב"א, וכתב - "בנותן סתם קיי"ל דמעות מתנה, וטעמא דלא נוכל לומר דלהלואה נתן לו דהא לא בקש ממנו הלואה, ואפשר אינו צריך ולא ניחא ליה בהלואה דהא עבד מלוה לאיש לוה. אבל במפרנס את חברו, הרי מוכחא מילתא שחבירו צריך לפרנסתו, ובוזה נוכל לומר דעל מנת כן נתן לו שכשיהיו לו מעות ישלם לו ... היכי דאין לנו טעם למה יתן לו המעות לשם הלואה, ע"כ אנו אומרים שהוא מתנה, אבל היכי שיש טעם למה נתן לו, אין אנו אומרים שהוא מתנה והוי הלואה".

בנידון דנן, העברת סכומי הכסף היתה למלא חסרונו של המקבל, על כן אם הכסף ניתן בסתמא ובלא קביעה מפורשת אם כהלואה או כמתנה, דינו כהלואה.

יתירה מזו, בספר גבורות אנשים בחלק התשובות, בתשובה להג"ר רבי מאיר כ"ץ אביו של הש"ך סי' ה' כתב שגם אם המקבל בקש לקבלו בתורת מתנה, והנותן לא הודיעו שכוונתו לתת כמתנה, אלא נתן בסתמא, לא יחשב כמתנה. וז"ל - "ועוד אני אומר, שהאומר לחבירו תן לי מתנה מה שבידך, ונתנו לידו סתם, לא קנה המקבל עד שיאמר לו לשם מתנה. וראיה מהא דגרסינן בשנים אוחזין דף ט"ו: ובקידושין המקדש אחותו דפסקינן לענין קידושין כרב באיסורי דגמר ונתן לשם פקדון. ואפשר אפילו לשמואל שנתן לשם מתנה, אבל לנוכראה לא עביד איניש דיהיב מתנה כדאיתא בגמ'". ועי"ש שכתב ראה לדבריו מהסוגיא בב"מ דף י'.

והחיד"א בספרו חיים שאל חלק א' סי' עד ס"ק לג כתב על תשובה זו - "מי שנתן לחבירו חפץ סתם ואח"כ אמר הנותן שנתנו בתורת פקדון והמקבל אומר שמאחר שנתנו סתם דעתו למתנה. בספר גבורת אנשים בתשובות הרב מהר"ם כ"ץ אביו של הרב ש"ך כתב דהדין עם הנותן והביא ראה ממציעא דף י', אינה ראה כלל וכמ"ש הרב אש דת פרשת שלח. אך נמצא באותה סוגיא שהביא הרמ"ך הנוכר באסיפת זקנים שכתב בשם הרשב"א אטו הנותן לחבירו סתם בתורת מתנה יהב ליה הא ודאי מצי למימר לפקדון נתנו ע"ש".

והנה בספר נתיבות המשפט סי' יב סק"ה כתב וז"ל - "כתב הרש"ל דאם אמר התובע שהיה בדעתו למחול לו, רק

נאלץ להסתיר כוונה זו, והמקבל נוטל הכסף כמתנה, ובכה"ג קיים חוב וחייב להחזיר את ההלוואה, אלא שאין נוטלין ממנו מחיים מפני סיבה צדדית המבוארת שם.

אמנם בנידון דידן הנתבע טוען שהיה ברור לו שגם כוונת הנותן היתה לשם מתנה, דהיינו אם לא יצליח לקבל את הכסף מהקבלן הוא אינו עומד לחזור וליטול ממנו את סכום הכסף. אך גם בנידון בסוגיא במסכת כתובות, העני יטען טענת ברי שהנותן התכוין לתת את הכסף במתנה, כי כך הוא הבין, אך כל עוד הדברים לא נאמרו בפירוש, ולא עלתה טענה שהדברים נאמרו בפירוש, אין די בהתרשמות המקבל ואין מקום לקבוע שהכסף ניתן במתנה.

במקרה שבו אדם מהנה את חברו בסתמא, ואח"כ תובע תשלום. ה"ר"ן במסכת כתובות בפרק שני דייני גזירות (דף סג. בדפי הרי"ף) הביא את שיטת הרשב"א והסכים עמו, שהמפרנס את חברו בסתמא, יכול לאחזר מכן לתבוע ממנו שישלם לו דמי מזונותיו, דבסתמא אין כוונת הנותן לשם מתנה. אמנם הנמוקי יוסף במסכת נדרים ריש פרק אין בין המודר הביא מדברי הריטב"א החולק על הרשב"א ולדעתו אין לדון את סכום הכסף כהלואה, מאחר שהיה על הנותן להתנות מראש. אך להלכה נקטינן כדעת הרשב"א, עיין ברמ"א סי' רסד סעיף ד' וסי' רמו סעיף יז ובאה"ע סי' ע' סעיף ח', וכן פסק הב"ש סי' ע' ס"ק כח. אמנם הרמ"א חו"מ סי' שסג סעיף י' פסק שהאומר לחבירו דור בחצרי אין צריך ליתן לו שכר, האחרונים דנו ביישוב פסקי הרמ"א, עיין משנה למלך הלכות גזילה פרק ג' ה"ט, ועיין ב"ח חו"מ סי' שס"ג וש"ך ס"ק יג ופת"ש סק"ז. אך נראה שהעיקר לדינא כמסקנת הב"ש, ודברי הרמ"א בסי' שס"ג יתפרשו כמ"ש בביאור הגר"א סי' שס"ג ס"ק לא, שכתב שהתשב"ץ שהוא מקור דינו של הרמ"א, איירי בחצר דלא קיימא לאגרא, על כן אין סתירה בפסקי הרמ"א. והדין עם הגר"א בביאורו, מאחר ומעיון בגוף תשובת התשב"ץ ח"א סי' קעד, שהיא מקור דינו של הרמ"א, עולה שהנידון בתשובה זו הוא אכן בחצר דלא קיימא לאגרא. אך מאחר ותשובה זו הובאה בקיצור בב"י, מכיון שבפני מרן הב"י היו רק קיצור תשובות התשב"ץ, ונקודה זו דאיירי בחצר דלא קיימא לאגרא, הושמטה מהקיצור, על כן האחרונים התקשו בפסקי הרמ"א. אך מאחר שכעת ברור שהתשב"ץ איירי בחצר דלא קיימא לאגרא, ובכך בעל הבית אינו חסר עקב מגורים אלו, על כן הדר בחצרו פטור מתשלום. ואינו דומה לאומר דור בביתו כשהבית קיימא לאגרא או באומר אכול עמי, דבסתמא חייב לשלם.

על כן במידה שאדם אומר לחבירו דור עמי (וקיימא לאגרא) או שפרנסו בסתמא, יוכל לתובעו אחר כך, כל עוד לא נאמרו דברים ברורים שהוא מהנהו במתנה.

נציין שהרשב"א כתב את דינו, לא רק במפרנס או נותן מדור, אלא גם בנותן חפץ לחבירו בסתמא. בחידושי הרשב"א מסכת בבא מציעא דף י'. (הובא בשטמ"ק) כתב - "נראה לי ... אם הגביהה בפירוש לעצמו אע"פ שנתנה לו

כאיני יודע אם נתחייבתי. וצריך לומר דזה הוי כחוקה דאין אדם נותן בסתם מתנה כיון דלא פירש. עכ"ל. וצ"ע ממתניתין במסכת בבא בתרא דף מא. – "כל חוקה שאין עמה טענה - אינה חוקה. כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו ... שנתת לי במתנה ... הרי זו חוקה", ומבואר שטענת מתנה טענה מעלייתא.

וע"ע בתומים סי' קמו סק"ב ובקצות החשן סי' שסג סק"ט ובשער משפט סי' עט סק"ב שאם נתן לו מעות ואין ידוע אם ניתן בהלוואה או במתנה בסתמא קובעים שאין אדם נותן מעותיו במתנה.

ובנידון דידן שלא נטען ע"י ראובן ששמעון אמר בפירוש שגם אם לא יצליח להוציא את הכסף מהקבלן, הסכום של האלף דולר שהעביר לו דרך אחיו הם במתנה, אלא שראובן טוען שכך היה מובן מכל הענין. ולפי האמור, מכיון שביחס לסכום כזה אין סברא ששמעון יתן במתנה, אין לקבל את טענת ראובן.

לפי האמור, אמנם אין לדון שהסכום ניתן כמתנה, אך יש לצדד כטענת ראובן מטעם אחר. שהרי ראובן טען שהקבלן חייב לו את הכסף, א"כ יש לדון את שמעון כפורע חובו של חבירו, דהיינו פורע חובו של הקבלן לראובן. וקיי"ל בחור"מ סי' קכח דפורע חובו של חבירו שלא מדעתו אין הלוה חייב לשלם לו. אך לא מצינו בשו"ע ונו"כ מה הדין האם לאחר שפסקנו את הדין שהלוה אינו חייב לשלם לפורע, האם הפורע יכול לתבוע את המלוה שיחזיר לו את הכסף, או שהפורע הפסיד את כספו. אך הדברים מדויקים בלשון הרמב"ם פכ"ו ממלוה ולוה ה"ו שכתב - "הפורע שטר חובו של חבירו שלא מדעתו ... אין הלוה חייב כלום ... והרי אבד זה הנותן את מעותיו". וכן כתב בספר דברי גאונים כלל סב סי' יח, וז"ל - "עיין בספר בני חיי שנסתפק אם הפורע יכול לחזור על המלוה לתבוע מעותיו שנתן לו, עד שמצא בבני אהרן סי' מג שכתב שאינו חוזר על המלוה ודקדק כן מדברי הרמב"ם, והוא נכון מצד הסברא, דכיון דזיכה לו המעות למלוה בעד הלוה אינו יכול לחזור בו".

ולפי זה אם יתברר בנידון שלפנינו שהקבלן אכן היה חייב מצד הדין להחזיר לראובן את דמי הקדימה שקבל, הרי שיש לדון את ראובן כטוען ששמעון פרע את חובו של הקבלן, ופטור מלהחזיר את הכסף. טענה זו יותר מתקבלת מטענת מתנה, מכיון שיתכן ששמעון הסכים לפרוע את חובו של הקבלן מכיון שסבר שיוכל להוציא את הכסף מהקבלן.

בדין פורע חובו של חבירו, בסתמא אין הפורע יכול לומר שקיימת אומדנא דמוכח שהפירעון היה על דעת כן שהלוה יחזיר לו, או שהמלוה יחזיר לו את הכסף אם הלוה יסרב, דמכיון שקיים חוב ברור, בסתמא אמרינן שהאדם הפורע חובו של חבירו זיכה למלוה את המעות כפירעון החוב ללא תנאים. וה"ה בנידון דידן אם טענת ראובן שהלה פרע חובו של חבירו, הרי שבכלל טענתו יש לראות שלילת טענת שמעון שהפירעון היה על דעת כן שיצליח להוציא את הסכום מהקבלן.

עכשיו תובעו שרוצה להתנקם ממנו, דאין יכול לתובעו, דמחילה במחשבה הוי מחילה ... אמנם נראה דדוקא מחילה על הדבר שכבר נתחייב לו לא מהני, אבל בדור עמי או אכול עמי שאומר שהיה בדעתו למחול לו, ודאי מהני מחשבתו, דהוי כנתנו למתנה בשעת מעשה. ופשוט".

ולפי דרכו של הנתיבות, לכאורה בנדון דנן, אם המקבל יטען טענת ברי שהנותן התכוין לשם מתנה, הרי שבכך הוא יוכל להחזיק בממון מכח טענת ברי, אלא שיחויב שבועה כדין מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום.

אלא שדינו של הנתיבות אינו ברור. מפני שמקור דינו של הרמ"א (אה"ע סי' ע' ס"ח) שחייב לשלם באומר לחתנו אכול עמי, הוא מתשובת תרומת הדשן סי' שיו. וז"ל תרומת הדשן – "היכא דזה נהנה וזה חסר אפילו מדעת, נמי אינו מוחל על חסרונו. ומצאתי שפסק מהרי"ח בשם רבינו אפרים מי שאמר לחבירו אכול עמי ואכל עמו חייב לשלם לו דמי מזוננו, משבור את כדי וקרע כסותי דחייב אע"פ שמותר לו לשבור, ומייתי ראייה, ה"נ אע"פ שאומר לו לאכול את שלו חייב לשלם", עכ"ל.

מתוך דבריו הוכיח בספר שו"ת פורת יוסף סי' סה שלא כסברת הנתיבות, ולדעתו כל שהמעשה מוכיח שלא נתנו לשם מתנה, גם אם בלבו חשב למתנה, הוי כדברים שבלב ואינם דברים. וז"ל - "היכא דמודה דהיה בדעתו לשם מתנה ... יכול לחזור בו, דהא עיקר הדין דצריך לשלם לקח תרומת הדשן הנ"ל מהראיה דקרע כסותי, באתא לידו בתורת שמירה, דצריך לשלם. וא"כ קשה, אי אמרת דמחשבתו מהני, לא היה משתמש הגמ' לומר דאף דאתי לידו בתורת שמירה מ"מ כשאומר שהיה בדעתו על מנת לפטור כשאמר לו קרע כו' הוא פטור. אלא ע"כ דזה לא מהני דכיון דעיקר הדבר דקרע אינו משמע על מנת לפטור, לא מהני מחשבתו והוי דברים שבלב. וא"כ ה"ה בנהנה דהיינו בדור עמי או אכול עמי ... אין בזה הלשון לשון מתנה כהכרעת הגר"א ז"ל ... לא מהני מחשבתו דהוי דברים שבלב ... וזה דלא כדברי הנתיבות בסי' יב דהחליט לדבר פשוט דמהני, דרק על לעבר צריך אומדנא דמוכח לכל העולם, אבל על להבא אכול עמי דור עמי מהני יעו"ש. ולדעתנו אינו כן", עכ"ל.

ולפי זה, העיקר תלוי בדברים שנאמרו בעת הסיכום על מסירת סכום הכסף או בעת מסירת הכסף, אלא אם כן מתוך העניין עולה אומדנא שבליבו ובלב כל אדם שכוונת הנותן לשם מתנה.

מלבד זאת, הטענה שהכסף ניתן במתנה, נחשבת כטענה גרועה, מאחר שלא סביר ששמעון שאינו מוחזק כאדם עשיר יחלק מתנות בסכום כה גבוה לאדם שאינו קרובו או ידידו הקרוב.

הרמ"א בחור"מ סי' רסד ס"ד כתב - "כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר בחינם עשית עמדי הועיל ולא לזייתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו". וכתב על דבריו בספר אמרי בינה (טו"ו סי' ז') "וקשה אמאי לא הוי

הנ"ל, עדיין אין זה מוסכם לחייבו שבועת היסת. דהנה בחו"מ סי' עה סכ"ג כתב הרמ"א ביחס לטענת התובע, וז"ל - "י"א כל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב שלו משביעין אותו היסת, ודוקא שאותו שאומר מפיו אין נוגע בעדות". וכתב בספר שער משפט ס"ק טו דא"א לפרש דע"י הקרוב טענתו נידונת כטענת ברי, דא"כ מדוע כשאותו נאמן נוגע אין זו טענת ברי, וכתב בשער משפט - "אלא ודאי הא דחייב שבועה עפ"י קרוב הוא מטעם עדות, וכן מבואר בתרומת הדשן סי' שח להדיא וז"ל דדוקא פסול מחמת קורבא וזקק לשבועת היסת משום דאינו פסול אלא מגזרת הכתוב, דאפילו משה ואהרן פסולין לעדות, ואיכא למימר שבועת היסת שהיא תקנתא דרבנן לא פסלו קרובים לגביה. אבל פסול דנוגע בדבר אין להאמינו כל עיקר דהתם הוא כבעל דבר עצמו ואין לסמוך כלום על עדותו עכ"ל, הרי להדיא דלענין היסת לא פסלו קרובים ומחייבי שבועה מתורת עדות".

בספר שער משפט הוסיף שכן נראה מדברי הש"ך ס"ק פב, והיינו ממש"כ הש"ך דבעינן שאותו האחר שהתובע מסתמך עליו יהיה בבי"ד, ודברי הש"ך יתבארו רק אם חיוב השבועה נובע מתורת עדותו של האחר.

השער משפט עפ"י דרכו, חידש - "לפי מה דקיי"ל דעד המסייע פוטר משבועה משום ק"ו דאם ע"א מחייב את הנתבע המוחזק להשבע, כ"ש שמועיל להנתבע המוחזק לפוטרו משבועה, כמבואר ברא"ש ומרדכי רפ"ק דמציעא. א"כ לענין שבועת היסת יש לפטור אף כשעד קרוב מסייע לנתבע. כיון דעד קרוב מועיל לחייב היסת אף כשהתובע טוענו ספק כ"ש שיועיל ע"א קרוב לפטור את הנתבע מהיסת", ועיי"ש שהאריך להוכיח את חידושו.

הרי שלשיטת שער המשפט אין מקום לחייב את ראובן שבועת היסת מכיון שאחיו מעיד לפטרו משבועה, ואף שהוא קרוב מועילה עדותו זו. וע"ע באמרי בינה (דיני עדות סי' נ') שכתב מעצמו כסברת שער המשפט (אלא שלא ברור אם נשאר למעשה בסברא זו).

ויש החולקים על חידושו של השער משפט, הנחל יצחק סי' עה ס"ק יז ענף א' מבאר שטעמו של הרמ"א לחייב היסת הוא מפני שע"י האחר טענת התובע נידונת כטענת ברי. וכמו שהרמ"א פסק לעיל סעיף יז דמשביעין היסת על סמך רגלים לדבר כגון בתיבה פרוצה, ה"ה כשטוען שהוגד לו מפי אחר הוי כטוען עפ"י רגלים לדבר ונחשב כטענת ברי. אבל כשהאחר נוגע בדבר אין כאן רגלים לדבר. והוסיף הנחל יצחק לשיטה זו, דהש"ך שבס"ק סג העלה דלא סגי ברגלים לדבר של הבעל דין ובעינן רגלים לדבר הנראות לבי"ד, על כן הכריע כאן בס"ק פב דבעינן שהאחר יעיד בבי"ד. עכ"פ לפי פירושו ברמ"א דחה הנחל יצחק את חידושו של שער משפט, ומסיים הנחל יצחק - "וזהו מוכרח, דבאמת אין סברא לומר שיוכשר קרוב לעדות שבועת היסת לפי שהוא תקנתא, דהא מצינו בקיום שטרות דמה"ת אין צריך קיום

אך נראה, שאם עפ"י דין הקבלן היה פטור מלהחזיר את דמי הקדימה, אין מקום להתעלם מהאומדנא המוכחת שמסירת הכסף היתה מתנה בתנאי שהקבלן יחזיר את הכסף. ואף מתוך דבריו של ראובן אין הכרח לשלול אומדנא זו, מפני שלא סביר ששמעון יתן לראובן מתנות ללא תנאים, ואף אם ראובן יטען כך בפירוש אין מקום לקבל טענה זו.

העולה מדברינו, אם יתברר שהקבלן אכן היה חייב לראובן, הרי שיש לדון את ראובן כטוען ששמעון פרע את חובו של הקבלן והרי הוא פטור מלהשיב לו את המעות. אך אם יתברר שעפ"י דין הקבלן היה פטור מלהשיב את דמי הקדימה, הרי שאף לטענת ראובן ניתן לומר בבירור שקיימת אומדנא דמוכח שהכסף ניתן רק אם יצליח להוציא את הכסף מהקבלן.

לעומת הטענה הנ"ל של ראובן, לשמעון טענת ודאי שמעולם לא התכוון לפרוע את חובו של הקבלן, והכסף ניתן לו לזמן קצר בלבד, עד שיגמר המו"מ עם הקבלן, אך מעולם לא היתה כוונתו להשאיר את הכסף ביד ראובן במידה ולא יצליח להוציא את הכסף מהקבלן.

אם יתברר שהקבלן אכן היה חייב את הכסף לראובן, לכאורה בפנינו תביעה של מנה לי בידך והלה כופר הכל, וחייב בשבועת היסת, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' עה ס"ז - "מנה לי בידך, אין לך בידי כלום, או שאמר אמת היה לך בידי אבל אתה מחלתו או נתתו במתנה נשבע היסת".

אלא שעדיין הדבר תלוי בפלוגתא אחרונים אם נפטר בשבועת היסת או שצריך לשלם. דהרי בנידון שלפנינו כל הענין לא התרחש ישירות בין שמעון לראובן, אלא אחיו קבל את הכסף והוא ניהל עם שמעון את כל המו"מ בענין זה. הרי שטענת ראובן הינה טענת ברי ע"י אחר, ועיין בספר נחל יצחק סי' עה סעיף יב ענף ב' שהוכיח מהרשב"א הריטב"א והר"ן שאף בנתבע הטוען ברי ע"י אחר אין זה ברי ונידון כטוען שמה.

ולפי"ז הדין שבפנינו תלוי במחלוקת האחרונים בדין תובע מחבירו בטענה שהלוהו מנה, והלה משיב שאינו יודע אם קבלו בתורת מלוה או בתורת מתנה.

בספר שער משפט סי' עה ס"ק ו' הוכיח דבכה"ג אינו נפטר בשבועת היסת וחייב לשלם. וז"ל השער משפט - "לפי מה דמשמע מדברי הש"ך בסי' עה ס"ז דטענת נתתו לי במתנה אינו נאמן אלא במיגו משום דאין דרך ליתן מתנה, א"כ בכה"ג נראה ברור דחייב לשלם, דכיון שאינו יודע אם במתנה אתא לידיה אמרינן שבדאי בהלואה אתא לידיה". ועיי"ש שחלק על מהרשד"ם שפטר.

ועיין בספר אמרי בינה (דיני טו"ג סי' ז') שחלק על שיטת שער משפט, והעלה דבכה"ג שהממון הגיע לידיו כדין והמקבל טוען שמה בתורת מתנה קבלם, אמרינן הממע"ה, כמו בכל אומר אינו יודע אם התחייבתי.

ויש לציין שאם נדון את טענת ראובן כטוען שהכסף ודאי לא ניתן בתורת הלואה, ולא נקבל את שיטת השער משפט

להוציא מהקבלן את הכסף. ומאחר שהדבר לא עלה בידו, על ראובן להשיבו לשמעון.

ב. אם יתברר שעפ"י דין הקבלן היה מחויב להשיב את הכסף לראובן, הרי שקיימת טענה מצד ראובן ששמעון פרע את חובו של הקבלן. ומאחר שקיים חוב מהקבלן כלפי ראובן, יש מקום לטענה מצד ראובן, ואין מקום לאומדנא שהפירעון היה על דעת כן שיוכל להוציא חזרה את הכסף מהקבלן.

לעומתו טוען שמעון שהיתה אומדנא כזו. במצב כזה לשיטת שער משפט הנתבע חייב לשלם מכיון שאנו דנים את טענתו כטענת ספק, והרשד"ם ואמרי בינה חולקים ופוטרים אותו בשבועת היסת, וכמו כן יש מקום לפטרו משבועת היסת לשיטת שער משפט שעדות קרוב פוטרת מהיסת, אך רבו החולקים על דבריו בזה.

ולכן נראה שיש להורות לנתבע לברר בבית הדין כיצד היה ההסכם עם הקבלן ולבחון האם לפי הסיפור העולה מדבריו, עפ"י הדין הקבלן אכן היה חייב להשיב לו את דמי הקדימה. ואם יתברר שמצד הדין לא היה מצד הקבלן חוב, הרי שעליו להשיב את הכסף במלואו לתובע. אך אם יתברר שהיה חוב, מספק א"א להוציא ממנו אלא לחייבו בשבועת היסת.

כלל ואפ"ה פסולים קרובים לקיים את השטר כמבואר בבא בתרא דף קנט".

ועיין גיליון רע"א סי' פז סעיף ו' שכתב בשם המחנה אפרים בדין עד המסייע לפטור משבועה דרבנן סגי אף אם העד היה קרוב בשעת ראיית העדות וכעת בשעת העדאת העדות הוא רחוק, כדמוכח במסכת כתובות דף כח: דברבנן נאמנים להעיד בגדלם על מה שראו בקטנם. עכ"פ מוכח מדבריהם שקרוב שלא התרחק פסול. וכן דעת המשכנות יעקב חחור"מ סי' יח.

מסקנת הדברים -

הדין בין הקבלן ובין לראובן אינו יכול להתברר ללא שהקבלן יופיע בביה"ד ויטען את טענתו. במצב הנוכחי שראובן ושמעון בלבד בפנינו, קיימות שתי אפשרויות - א. אם יתברר שעפ"י דין הקבלן לא היה חייב להחזיר לראובן את דמי הקדימה, ואמנם כפי הנראה מטענותיו של ראובן, הקבלן רשאי להמנע מלהשיב את דמי הקדימה לאחר שהקונה חזר בו ללא הצדקה, על כן אין ספק שראובן חייב להשיב לשמעון את כספו, וראובן אינו נאמן לטעון שהכסף ניתן במתנה מכיון שקיימת אומדנא דמוכח שהכסף לא ניתן כמתנה, אלא ניתן על דעת כן ששמעון יצליח

סימן כב

טענה למחילת התחייבות שהיא בתוקף של פסק דין

אדר תשנ"ז

לעומתו, הנתבעת טענה שהתובע הסכים לאפשר לה להשתמש בחלקה בקרן, דהיינו עשרת אלפים דולר, ולהמנע מלהפקיד סכום זה, וכן הסכים שתטול מראש מחלקו בקרן דמי מזונות לשנתיים מראש.

התובע הודה שהסכים שהנתבעת תיטול מראש מזונות לשנתיים, אך הכחיש טענתה שהסכים למחול לה על חלקה בקרן, אלא כוונתו היתה שלאחר הפקדת כל הסכום של העשרים אלף דולר, תוכל ליטול מהקרן מראש דמי מזונות לשנתיים.

התובע תבע מגרושתו לפתוח חשבון בנק ולעמוד בהסכם המחייב פתיחת קרן משותפת, בסכום שסוכם מראש למעט דמי מזונות של שנתיים. לטענתו אין מקום שהאשה תטען שהיא מוחלת לעצמה על חלקה בקרן, או שתוכל ליטול מראש את כל הסכום מאחר שעצם הקמת הקרן היתה לטובת שניהם ולא רק לטובתה, והמטרה היתה להבטיח מקור בטוח של דמי מזונות לילדים, וכן שבמידה והילדים יעברו לחזקתו יהיה לו מקור בטוח לכלכלתם.

יצויין, בנוגע לחלקו של האב בקרן אין חילוקי דעות ביחס לעובדות, אלא שהנתבעת טוענת שאין מקום לדין

פרטי המקרה

בבית הדין הופיעו גרוש וגרושתו לדין תורה אודות הסכם הגירושין שנערך ונחתם בסמוך למועד הגירושין לפני כשנה וחצי, וקבל תוקף של פסק דין.

בהסכם הגירושין נקבע שהדירה המשותפת תימכר ותמורתה תחולק בין הצדדים בחלקים שווים. הוסכם שסכום של 20,000 דולר מהתמורה שתתקבל ממכירת הדירה, יופרש ויופקד בבנק, בקרן מיוחדת שתשמש כמקור לפרנסת הילדים שנשארו בחזקת האם, ובכל חודש האם תקבל סך 1000 ש"ח מתוך הקרן למזונותיהם. במידה שהילדים יעברו לחזקת האב, האב יטול את דמי המזונות מתוך הקרן לצורך פרנסת הילדים. נעשה קנין עם כל אחד מהצדדים על התחייבויותיו שבהסכם הגירושין, ולאחר כמה ימים סודר הגט.

כעת בפני בית הדין תביעה של האב (הגרוש). לטענתו הוא מסר לנתבעת את חלקו בקרן - עשרת אלפים דולר, והסכום הופקד, אך למעשה הכסף לא שימש כמסוכם, אלא הנתבעת השתמשה בו לצרכיה, ובנוסף לכך היא לא עמדה בחלקה בהסכם, ולא הפקידה את חלקה בקרן כמתחייב.

דמהני מחילה אף בתפיס שטרא. ונותרה שאלת הנאמנות בטענת מחילה.

נאמנות הנתבע בטענת מחילה

ביחס לנאמנות נתבע לטעון טענת מחילה, מהר"ם מרוטנבורג קבע בזה הלכה.

וז"ל המרדכי בריש מסכת בבא בתרא סי' תסט - "רבינו מאיר הקשה אמאי אין אדם נאמן לומר פרעתיך בתוך זמני מגו דאי בעי אמר מחלת לי, ופסק מכאן דטענת מחילה טענה גרועה היא, ואינו נאמן לישבע מחלת לי אפילו במלוה על פה דנאמן לומר פרעתי, וד"נ לא אשבעינן לשכנגדו דלא מחל. ושוב מצאתי תשובת רבינו מאיר שפסק בענין אחר וכתב כל היכא דאיכא למימר מיגו אמרינן מגו חוץ במקום עדים, ובמקום חזקה דמיבעיא לן ולא איפשיטא, ואם כן נמי נאמן לומר מחלת לי במגו דאי בעי אמר פרעתי, ושאיני הכא דאינו נאמן לומר מחלת לי דליכא מיגו דלא מצי למימר לא היו דברים מעולם או פרעתי, וכן משמעות המיימוני פרק יד מהלכות מלוה ובפ"א מהלכות טוען ונטען".

וכן פסק בשו"ע סי' ע' סעיף א' ברמ"א - "כל מקום שנאמן לומר פרעתי, נאמן לומר מחלת לי, אע"פ שהמחילה טענה גרועה היא (מרדכי פרק השותפין)".

ובשו"ע חו"מ סי' עה סעיף ז' - "מנה לי בידך, אין לך בידי כלום ... או שאמר אמת היה לי בידך אבל אתה מחלתו או נתתו לי במתנה, כיון שכופר הכל פטור משבועת התורה ונשבע היסת".

ואמנם הש"ך (שם ס"ק כב) הביא דעת הראנ"ח שטענת מחילה היא טענה המועילה בפני עצמה כטענת פרעתי, ואינו צריך מיגו. אך דעת ראנ"ח היא דעה יחידאה, וכל הפוסקים בסי' עה חולקים עליו והם הש"ך (שם) התומים (אורים סק"כ) הנתיבות (אורים ס"ק יז) ושער משפט סק"ד.

וכ"כ המהרי"ט ח"ב חלק אה"ע סי' כא - "טענת מחילה טענה רעה היא, שאין אדם עשוי למחול את שלו, ואם איתא בטלת כל חיזוקי שטרות דמצי למימר מחלת לי וליכא טענת שטרך בידי מאי בעי ... אלא ודאי טענת מחילה אינה טענה, אם לא מכח מגו דפרעתי".

האם יש לנתבע מיגו דפרעתי

בנידון דידן לכאורה אין לאשה מיגו. אמנם במלוה ולוה, הלוה נאמן בטענת מחלת לי מיגו שיכול לטעון פרעתי, מאחר שאינו צריך לפרעו בעדים והלוה אינו צריך לקבל שובר, נאמן בטענת פרעתי מכיון שיכול להיות שפרע בלא שיש אפשרות להוכיח כן, ודוקא במיגו דפרעתי נאמן מאחר ובטענת פרעתי נאמן בטענה זו מצד עצמה, לאחר שבועת היסת, מכיוון שהחוב עומד לכך שיפרע. אך כאן אינה יכולה לטעון פרעתי את החוב דהיינו עמדתה וקיימתי את ההתחייבות שלי, שהרי בלא שנראה כעת אישור על חשבון בנק שבו הופקד הכסף כנדרש, לא תוכל לטעון שעמדה

הנוכחי והוא אינו רלוואנטי כל עוד היא אינה תובעת ממנו דבר לתשלום דמי מזונות.

אין מקום לטענה זו של הנתבעת, מאחר שההסכם הנ"ל מיועד להבטיח את האינטרס של שני הצדדים ושל הילדים, שאם הילדים יעברו לרשותו יהיה מקור מובטח לפרנסתם. מלבד זאת, כל עוד קיימת קרן למזונות, האב מובטח מתביעה של האשה בשם הילדים להגדלת מזונות. לכן על האשה לבצע את ההסכם ביחס לחלקו של התובע, מה עוד שהתובע מסר לנתבעת את הכסף לצורך פתיחת הקרן, והקרן נפתחה, אלא שהיא על דעת עצמה, ניצלה את הכסף לצרכים אחרים וללא רשות.

אך ביחס לחלקה של האשה בקרן. לטענת האשה, התובע מחל לה על חלקה בהתחייבות, ולעומתה התובע מכחיש את עצם המחילה אף שמודה שהסכים שמתוך הקרן תוכל ליטול מראש דמי מזונות לשנתיים.

מהות הדיון - בפנינו נידון שבו שני הצדדים התחייבו בחוזה ובקניין להפריש סכום כסף לטובת מזונות הילדים, עלינו לדון כיצד יש להתייחס לתביעה לקיים את ההתחייבות, בנסיבות שהצד השני טוען טענת מחילה. יש לברר שני נושאים, ראשית, האם אכן מועילה מחילה. ושנית, את"ל שמועילה מחילה, האם הנתבעת נאמנת בטענתה שהיתה מחילה.

מחילה על התחייבות האם להפקיד את חלקה

בנידון זה התחייבות הצדדים להפקיד את סכום הכסף בקרן בבנק, לטובת מזונות הילדים, זו התחייבות לזכותם של הילדים, להבטחת פרנסתם לכמה שנים. גם אם אמנם האב אכן מחל כטענת הנתבעת, ככל שהדבר נוגע לזכותם של הילדים אין ממש במחילה זו, ולא כל כמיניה של צד אחד למחול על זכותם של הילדים. אך עכ"פ מהבחינה העקרונית מועילה מחילה של האב על הזכות שיש לו בהקמת הקרן. וביחס למחילת זכות זו מתקיים הדין תורה שלפנינו, והדיון הוא בתביעת האב למימוש ההסכם שבו זכויות עבורו.

וביחס לשאלה האם תועיל מחילה בנסיבות אלו. אמנם לשיטת כמה פוסקים לא תועיל מחילת המלוה במקום שיש בידו שטר, עיין בשו"ע חו"מ סי' רמא ס"ב ובש"ך סק"ד וכן בסמ"ע סי' יב ס"ק כא, וכן כאן לא תועיל מחילה בלא קנין.

ואף שבנידון זה אין בידו של התובע שטר, אלא הסכם חתום וקנין, אך לענין זה אין נ"מ בזה, ועיין בקצות החשן סי' יב סק"א הטעם שלא מועילה מחילה כשהשטר בידו, משום ששטר העומד להגבות כגבוי לכמה עניינים, וגם לענין זה נידון כגבוי שלא תועיל המחילה רק באמצעות קנין. לפי זה גם כשהתחייבות היא בהסכם בר תוקף וקנין, הם לענין זה כשטר, וכגבוי דמי לענין שלא תועיל מחילה אלא בקנין.

אך מאחר שהאשה היא המוחזקת, ושאלה זו אי מהני מחילה במקום שהמלוה נקיט שטרא היא לכל הפחות ספיקא דדינא, האשה תוכל לומר קים לי כדעת הפוסקים

ג. מאחר שנעשה קנין עם שני הצדדים על ההסכם יש אומרים שדינו כשטר ואינה נאמנת בטענת פרעתי.

בשו"ע חו"מ סי' ע' ס"א כתב ברמ"א - "אם קבל קנין אפילו בלא שטר לא יוכל לומר פרעתי דהוי כשטר דכל קנין לכתובה עומד, ויש חולקים. וכל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי אע"פ שהמחילה טענה גרועה היא (מרדכי פרק השותפין)". ובש"ך שם סק"ד הכריע כדעה ראשונה שאינו נאמן בטענת פרעתי כנגד עידי קנין, וכן פסק הנתובות (שם ח' סק"ג). וכן הכריע הש"ך בסי' לט סק"ז וכתב שכן נוהגין, והובא בנתובות (ח' סק"ט). ולפי זה יש לדון את הנידון שלפנינו כמי שטוען טענת מחילה במקום שיש לתובע שטר מקויים דאינו נאמן.

ובמי שהוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען מחלת לי, נחלקו הראשונים האם הלוה יכול לטעון בטרם הפירעון השבע לי דלא מחלת לי, עיין בשו"ע סי' פב סעיף י', ומשמע דהלכה כדעה שניה שאינו יכול לטעון כן, אך אף לדעה ראשונה, בנידון דידן שהתובע אינו אדם שומר תורה ומצוות, דינו כמו שנפסק בשו"ע שם סעיף ח' דבמקום שהמלוה חשוד נוטל בלא שבועה, ובנוסף לכך מבואר שם בסעיף ב' שאם הלוה לא טען השבע לי לא טענין ליה, וכאן היא לא טענה שמבקשת שבועה.

אך עדיין צ"ע בעיקר הדין שהש"ך הכריע שהקנין דינו כשטר. בראשונים מצינו מחלוקת גדולה בשאלה זו ורבו הסוברים דנאמן לומר פרעתי. כן דעת הראב"ה שבמרדכי פ"ק דכתובות סי' קלט (שהובא ברמ"א בסי' ע') הרמב"ן שהובא בר"ן פ"ב דכתובות (דף ז': בדפי הרי"ף במה שנחלק על רב האי גאון), הריב"ש בשם רבותינו הצרפתים (הובא בש"ך סי' ע') הנמוקי יוסף במסכת ב"ב דף קעב. בשם העיטור והרא"ה שהסכימו עם שיטת הרמב"ן, וכן הובאה דעת הרא"ה והריטב"א בשטמ"ק עמ"ס כתובות דף יח. (דף צא: בדפי השטמ"ק). וכן עולה משיטת התוספות והרא"ש בפרק קמא דגיטין דף יד. בסוגיא דהנהו גינאי דכתבו שאינו נאמן בטענת טעיתי במיגו דפרעתי דהוי מיגו במקום עדים, ומוכח דעכ"פ בטענת פרעתי נאמן, אף שהיה קנין. וכן דעת האור זרוע פ"ג דסנהדרין סי' נג והרשב"ם במסכת בבא בתרא דף קעב. (וכמו שפרשו בספר התרומות שער כה ח"א ס"ג) שבקנין בלא שטר נאמן בטענת פרעתי.

ולעומתם הסוברים שאינו נאמן בטענת פרעתי אף בקנין בלבד הם - המרדכי במסכת כתובות (שם) בשם שערי רב אלפס, רב האי גאון הראב"ד השאלות ורבי יהודה ברצלוני שהובאו בסה"ת, רבינו ישעיה מטראני שהביא הש"ך בסי' ע' סק"ד, ועיי"ש בש"ך שהוכיח כן בדעת הרמב"ם והטור. ונראה שכן מוכח ברמב"ם הלכות אישות פרק י' הלכה ט' ובשו"ע סי' סו ס"א.

ועיין בספר דמשק אליעזר על חו"מ סי' ע' ס"א שהעלה שהמוחזק יכול לטעון קים לי כדעת הסוברים שנאמן בטענת פרעתי.

בהתחייבות שלה. ומאחר שכעת אין חשבון בנק שבו מופקד הכסף כמתבקש מההסכם, לא תוכל לטעון שעמדה בהסכם. לכאורה עדיין הנתבעת יכולה לטעון טענת פרעתי, שהרי אם טען שמסרה לתובע את הכסף לצורך הפקדה בבנק תהיה נאמנת בשבועת היסת, ודין טענה זו כטענת פרעתי שיכול הלוה לטעון, מאחר שההסכם אינו קובע שדוקא היא חייבת להפקיד את הכסף, ואם היתה מוסרת לתובע את הכסף לצורך הפקדה היתה ממלאת את חלקה בהסכם, לכן נאמנת בטענת מחילה, מיגו דאי בעי טענה פרעתי כלומר עמדתי בחלקי במחוייבות בכך שהעברתי לך את סכום הכסף הנחוץ.

אך נראה שמכמה טעמים אין מקום לדון כאן מיגו דפרעתי -

א. לכאורה הנתבעת תהיה נאמנת במיגו כאמור, אך זוהי טענה חלשה מאד לטעון שלאחר שנפתחה הקרן מכספו של התובע, היא העבירה את חלקה לבעלה לשעבר, במקום להפקיד בעצמה לקרן, ואין דרכן של בני אדם לנהוג כן, שהרי היא זו שאמורה לנהל את הקרן ולטפל בהוצאת הכספים מהקרן מידי חודש לצורך פרנסת הילדים הנמצאים בחזקתה, והיה בידה להבטיח את מימוש ההסכם בהפקדה ישירה לקרן, ומדוע תעשה מעשה מפוקפק של העברת הסכום לצד השני שעלול שלא להכניס את הכסף לבנק. מלבד זאת, מקובל שאין אדם מעביר כסף מזומן לחבירו שמחוייב להעבירו בהתאם לפסק דין, בלא שישאיר לעצמו אישור על העברת הכסף בבנק להוכחת מילוי חלקו בהסכם, ושתי סברות אלו הן לכל הפחות בגדר של חזקה. וקיי"ל שאין אומרים מיגו במקום חזקה, כגון במקרה זה שיש חזקה כנגד הטענה שהיה יכול לטעון, וכמ"ש בנתובות המשפט סוף סי' פב כללי מיגו סעיף יט.

וכן בנתובות המשפט כללי מיגו סעיף יג כתב שבמקום שנראה לעיניי שהיא משקר בטענה מסויימת לא אמרינן מיגו שהיה יכול לטעון כן, וה"ה בנידון זה אם טען שלאחר שנפתחה הקרן מכספו של התובע היא מסרה לו את חלקה בקרן, זו טענה רעועה מאד שאינה מתקבלת על הדעת, וממילא לא תרצה לטעון כן.

ב. יש סברא לומר שאינה נאמנת בטענת פרעתי, דהיינו באופן שהבאנו לעיל. אמנם קיי"ל דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, אך היינו דוקא בהלוואה, שהחוב עומד לפירעון, וכמו שבאר הר"ן במסכת שבועות פרק שביעי (דף כט.), וז"ל "מלוה את חבירו ומפקיד את חבירו דאין צריך להחזיר לו בעדים, דהתם לחזרה קאי". ולמ"ד הגוזל את חבירו בעדים, ה"ה הגזילה לחזרה קאי, ולכן בכל אלו נאמן לטעון שעשה את המוטל עליו. משא"כ בנידון זה שלא היה מוטל עליה למסור לו את הכסף לצורך הפקדה, שהרי עיקרו של ההסכם היה להפקיד סכום כסף בבנק ובכך לזכות את הסכום לטובת הילדים, ולכן מכח ההסכם היה מוטל על שניהם ללכת לבנק ולפתוח חשבון משותף.

כמה חילוקים לפי דעה זו, ואח"כ הוסיף - "ויש חולקים ואומרים דבכל ענין נאמן הנתבע לומר פרעתי נגד פסק דין". ועיי"ש בש"ך ס"ק לא שכתב דנהוגים שאינו נאמן לומר פרעתי וכן עיקר להלכה. ועיי"ש בתומים סוף סק"כ שקבל את הכרעת הש"ך אם הפסק דין ניתן לאחר הזמנה, וק"ו בנידון דידן דאיירי בבי"ד קבוע, ושם דיינים עליהם בכל גווני.

ועיין בפד"ר חלק יא שכתב הגר"ש ישראלי ז"ל (בעמ' 179) ביחס להסכם גירושין שבו הבעל התחייב במזונות הבת וההסכם קבל תוקף של פס"ד - "פסק הדין שלפיו חייב האב במזונות ביתו ... הוגש לבית הדין בבקשה לאשרו ולתת לו תוקף של פס"ד, הרי הוא כהא דנתיבות המשפט שיש בידו שטר חוב שבהתאם לו בא הפסק דין, ועדיף מיניה שכן גם בפסק דין נעשה על פי בקשת הצדדים ומדעת המתחייב, שבזה אינו יכול לטעון פרעתי או מחלת לי". ובעמ' 185 כתב הגר"מ אליהו שליט"א - "לפנינו הסכם גירושין שניתן לו תוקף של פסק דין ע"י שהצדדים ביקשו זאת מביה"ד ויש לו דין שטר ודין פס"ד לכל דבר. התחייבות האב בשטר ההסכם וקנין שקבל בפני ביה"ד ובקשתם שינתן תוקף של פסק דין ההוא כפסק דין לכל דבר".

אמנם לפי סברתם בנידון זה דין ההתחייבות, כהתחייבות בשטר, ואינה נאמנת בטענת פירעון או מחילה.

אך עיקר דבריהם צ"ע במה שכתבו לדון הסכם שקבל תוקף של פסק דין כשטר שאינו נאמן בטענת פרעתי.

ראשית, ההסכם עומד בתוקפו לפי ההלכה גם ללא שביה"ד יאשר אותו ויתן לו תוקף, והצורך באישור הינו צורך כדי שיהא להסכם תוקף לפי החוק, ולכן נהגו לתת להסכם תוקף של פסק דין, ומאחר שלא היה דין תורה בין הצדדים, אין מקום לראות את האישור כפסק דין בעלמא שניתן לאחר טענות או הודאות. ומהאי טעמא לפעמים ביה"ד מאשר הסכם גם ללא כללי בי"ד, כגון במקרה הצדדים הופיעו בפני שני דיינים או דיין אחד ולא קבלו עליהם אותם כשלשה.

שנית, בפסק דין שביה"ד פוסק לחייב את אחד הצדדים לאחר שהתקיים דיון ביניהם, נחלקו הראשונים האם יש לפסק הדין שניתן ביד הזוכה דין שטר, עיין בטור ושו"ע סי' לט סעיף י', ועיין בש"ך סי' עט ס"ק כט שכתב בדעת הרמב"ם שפסק דין דינו כשטר גם ללא שנכתב.

אך כל האמור נאמר רק במציאות שהזכרה בפוסקים שהזוכה בדין קבל לידו שטר וכל עוד השטר בידו וזהי ראייה שלא נפרע החוב, ולדעת הרמב"ם אע"פ שלא נכתב מ"מ כיון שעומד להכתב כמאן דכתב דמי, כמבואר שם בש"ך והיינו דמאחר ואותו בעל דין שחייב לשלם יודע שעומד להכתב שטר לא היה לו לפרוע בלא שיקבל את השטר לידו.

אבל במציאות הנהוגה בימינו, ההסכם ופסק הדין המאשרו נמצא מלכתחילה בידי שני הצדדים וכל מי שמבקש העתק ממנו יכול לקבלו בכל עת, ולפי הכללים

נחזור לנידון דידן, האמור כאן שאינה נאמנת בטענת פרעתי מחמת שנעשה קנין, הוא רק לשיטת הש"ך ובהתאם לשיטת הראשונים שהבאנו, ולכאורה מאחר שהנתבעת מוחזקת תוכל לומר קים לי, כדעת הסוברים שנאמן לומר פרעתי, ונאמנת בטענת מחילה במיגו דפרעתי.

אך בשו"ת מהרי"ט ח"ב חור"מ סי' לג כתב דלא אמרינן מיגו בכה"ג שהטענה שהיה יכול לטעון שניה במחלוקת הפוסקים, וז"ל - "ונהי דאם היה טוען שמעון זה החזרתי, לא היה כח להוציא מידו כיון דפלוגתא דרבנותא היא. אבל השתא דמודה שהיא בידו, אלא שאומר שלי היא או בחובי אני תופסן ולא מהימן בהך טענה אלא מתורת מגו, יש מקום לומר שלא יהא נאמן במגו דהחזרתי, דכיון דפלוגתא דרבנותא היא אינו טוען כן ברצון. וזה כמה שנים שראיתי לרב הגדול כמהר"ר דוד ן' זמרא ז"ל שכתב כן בתשובה (ח"ב סי' תרכה) דכל מידי דאית בה פלוגתא דרבנותא לא אמרינן מגו דאי מצי טעין לה, שאינו טוען כך ברצון דהא איכא מרבנותא דאמרי דלא מהימן. וטעמא דמסתבר הוא, דאין טעמא דמיגו אלא משום דמה לו לשקר אי בעי הוה טעין האי, וכיון דאיכא סברא לומר שלא היה נאמן באותה טענה דהחזרתי שהרי הוחזק כגולן בפני עדים ושוב לא יאמינוהו בלא עדים כדברי המפרשים ז"ל, איהו נמי מיחש לה ולא בעי למעבד נפשיה גולנא מעיקרא אלא אומר בחובי תפסתיו או דאמר אין חטפי ודידי חטפי, ואין אומרים מיגו אלא כשהטענות שוות. ואע"פ שעדיין לא בא לידי לחקור דבר זה בראיות, הרי הורה זקן וגדול הדור ז"ל. עכ"ל המהרי"ט.

מפשטות דברי הרדב"ז ומהרי"ט נראה שדעתם כסברא זו גם במחלוקת שרוב הפוסקים סוברים לפוטרו בטענה שהיה יכול לטעון וכגון בנידון שדנו בו, שלרוב הפוסקים הגולן נאמן בטענת החזרתי. אך בתומים כללי מיגו סעיף קכה הסכים לסברת הרדב"ז ומהרי"ט רק במקום שלדעת רוב הפוסקים אינו נאמן בטענה שהיה יכול לטעון.

ובנתיבות המשפט כללי מיגו סעיף לא כתב - "מגו דאי בעי אמר טענה שהיא מחלוקת הפוסקים ולא אפסיקא הילכתא כמאן לא אמרינן, אבל במקום שרוב הפוסקים ס"ל כך אמרינן מגו".

ולפי האמור, מאחר שבנידון דידן אף לדעת הדמשק אליעזר, אמנם המוחזק יכול לומר קים לי כדעת הראשונים שיכול לומר קים לי שנאמן בטענת פרעתי, אך לכל היותר זו מחלוקת שקולה, לא יועיל מיגו להאמינה בטענת מחילה.

ד. סברא נוספת שאין לנתבעת נאמנות בטענת פרעתי, מפני שבנידון דידן ההסכם הובא לביה"ד ושני הצדדים בקשו מביה"ד לאשר להם את ההסכם ולתת לו תוקף של פסק דין, בכה"ג הנידון עדיף מהסכם שנעשה בקנין גרידא, והטוען טענת פירעון אינו נאמן.

והנה בפסק דין בעלמא, מצינו מחלוקת הפוסקים האם נאמן לטעון פרעתי. בשו"ע חור"מ סי' לט סעיף י' פסק - "אם יש בידו פסק דין אין הלוה נאמן לומר פרעתי". והרמ"א כתב

בטענה אחרת, ואף דקיי"ל דאמרינן מיגו מממון לממון, היינו בכה"ג שתפס חפץ מחבירו וטוען שהלה חייב לו ממקום אחר כדי דמיו, ובכך נאמן להשאיר החפץ בידו בטענה זו שחייב לו ממון אחר. משא"כ הכא שהטענה שלה שעקב מחילת התובע היא רשאית להשאיר בידה את העשרת אלפים דולר, טענה זו אינה מקבלת חיוק מכח מיגו, שהרי אף אם התובע לא שלם את חלקו, אין בכך לפוטרה מתשלום חלקה, והמיגו הוא שאילו היתה חפצה, היתה יכולה לחייבו בתשלום בסכום נוסף, לא מצינו שיועיל מיגו בכה"ג.

והדברים ק"ו מהמבואר בשו"ע סי' עב סעיף יז ברמ"א, וז"ל - "והוא דיכול לטעון על מה שתחת ידו, היינו שאומר שזה שכנגדו חייב לו ממון, אבל לא יוכל להחזיק במה שתחת ידו עד שחבירו יתן לו פטורים או כיוצא בזה משאר תביעות כי אין זה שייך לזה (מהרי"ו)".

על כן אף בנידון דידן נראה שאינה נאמנת במיגו שהיתה יכולה לעלות תביעה אחרת, שאינה טענת יש לי בידך ממון שאתה חייב לי, אלא טענת אתה חייב לתת לקרן לטובת הילדים סכום מסויים.

וע"ע במש"כ השבות יעקב שהביא הפת"ש ס"ק כא שיכול לחייבו לתת לו פטורים, עיי"ש בנידון השבות יעקב. ונראה דמש"כ השבות יעקב לחלוק על מהרי"ו והרמ"א היינו בתביעת המוחזק התובע שהשני יתן לו שובר מפני שחושש שיוציא עליו שטר פרוע ויגבה את הממון שבידו שלא כדין, ולטענתו שבסופו של דבר הוא מעוניין להבטיח לעצמו את הממון שבידו, והמיגו הוא שיכול לטעון על השטר שהוא שלו ויכול לקבל סכום כסף הנקוב בשטר, סכום שהוא חושש שהלה יוציא ממנו שלא כדין, והטענה הנוכחית והמיגו הם על אותו סכום ממון של התופס. משא"כ הכא שאין כל קשר בין הממון שביד הנתבעת לממון שהיה ביכולתה להוציא מהתובע אילו טענה את הטענה הנ"ל. ואף אילו יכלה להוציא ממנו את הסכום לטובת הילדים, לא היתה טענתה מתחזקת ביחס לחלקה בהסכם. (וע"ע בחידושי רבי שמעון יהודא הכהן שקאפ עמ"ס כתובות סי' כז אות ב' מש"כ בזה, ודברינו הם בק"ו מדבריו).

העולה מכל הנ"ל, מאחר שאין לנתבעת מיגו, אינה נאמנת בטענתה.

מסקנת הדברים - אין לקבל את טענת הנתבעת מהטעם שכתבנו שאינה נאמנת בטענת מחילה מאחר שאין לה כאן נאמנות של מיגו. וכתבנו כמה סברות לסייע למסקנה זו, ולכן על הנתבעת לעמוד בהסכם ככתבו וכלשונו, למעט הסכום של דמי המזונות לשנתיים שכעת התובע מסכים לנכות מדמי הקרן.

המקובלים בבתי הדין יכול כל אחד מהצדדים לקבל העתק מפסק הדין גם לאחר הפירעון, וממילא אין בהחזקת ההסכם ופסק הדין כל ראייה, ואינו כשטר שיכול לומר שטרך בידי מאי בעי.

ומאחר שאינו מחוייב לכתוב שובר ממילא יכול לטעון פרעתי.

ולא דמי למש"כ כמה מהפוסקים דבקנין אינו יכול לטעון פרעתי, דשאני התם דסתם קנין לכתיבה עומד וממילא היה צריך לחוש שיכתב השטר והיה עליו לכתוב שובר, משא"כ בנידון שלפנינו שאין הלכה המחייבת אותו לכתוב שובר.

והנה בתשובת הרשב"א שהביא הרמ"א סי' פב סעיף ב' כתב - "היה השטר על זמנים ולאחר שעברו מקצת הזמנים פרעתיך הזמנים שעברו והנחתי לך השטר משום הזמנים העתידיים והמלוה אומר שלא נפרע כלום, המלוה נשבע ונוטל דהו"ל לכתוב שובר".

לכאורה מוכח מדין זה שגם בלא סברת, שטרך בידי מאי בעי אינו יכול לטעון פרעתי, והתם אין לתובע ראייה ממה שהשטר נשאר בידו, שהרי ברור שהשטר נשאר בידו לצורך הפירעון של יתרת החוב. אך אינו ענין לנידון דידן, דשאני התם שהלוה יודע שיש ביד המלוה שטר, ויודע שהמלוה יוכל לטעון בכל זמן טענת שטרך בידי מאי בעי, אם אכן פרע היה צריך לבטל את כח הראיה של השטר ע"י כתיבת שובר וכדומה, וכמבואר בגמ' במסכת ב"מ קג. "שטרא לגוביינא קאי אם איתא דפרעיה איבעי ליה למיכתב אנגביה א"נ מיכתב עליה תברא". משא"כ בנידון דידן אין ביד אחד מהם שטר שעומד לגוביינא שהוא עצמו משמש כראיה של שטרך בידי מאי בעי, אלא עצם הפסק דין מחייב, ומאחר שאין הלכה שיש צורך בכתיבת שובר מנלן שלא יאמן בטענת פרעתי.

ומש"כ במסכת בבא בתרא דף קעה: ומסכת ערכין דף ז. דעמד בדין וחוייב לשלם חוב של נזק דינו כמלוה בשטר, עיי"ש בב"ב ברשב"ם ד"ה כשעמד בדין ובערכין ברש"י ד"ה בשעמד בדין, היינו שנכסיו משועבדים לגבות מהיורשים, אך אין ראייה שאינו יכול לטעון טענת פרעתי.

נאמנות הנתבע במיגו דאי בעי טען שהתובע לא קיים את חלקו בהסכם

בנידון שלפנינו עלתה סברא בביה"ד, שיש לנתבעת נאמנות בטענתה, במיגו שהיתה יכולה לומר שהתובע כלל לא מסר בידה את סך העשרת אלפים דולר, דמי חלקו בקרן. כלומר תהיה נאמנת בטענת מחילה על חלקה בקרן דהיינו עשרת אלפים דולר במיגו דאי בעי טענה כנגדו שהוא עדיין לא שילם את חלקו.

אך נראה שאין מקום לסברא זו, שלא מצינו נאמנות במיגו אלא כשעל הממון שמבקש להחזיק יכול להאמן

סימן כג

מכירת צ'קים וגבייתם בהוצאה לפועל

סיון תש"ס

יהודה השלמת ההליכים בהוצאה לפועל על מנת לממש את ההתחייבות שבצ'קים.

לעת עתה בית הדין הורה לעכב את הליכי הוצאה לפועל, וזאת עד לסיום הביורור התביעה ועד למתן פסק דין. השאלה העומדת בפנינו היא האם יש לחייב את ראובן בפירעון הצ'קים שביד יהודה. יצויין, בצ'קים לא נכתב "למוטב בלבד", אלא נכתב שמו של שמעון בלבד, והוא הסב אותם לפקודת לוי.

מעמדו של הצ'ק על פי ההלכה

בטרם נברר את ההלכה במקרה שבפנינו, עלינו להקדים ולברר שאלת יסוד, והיא – כיצד עלינו להתייחס ל"צ'ק". מה טיבה של יצירה זו, האם מעמדו של הצ'ק כשטר חוב, או הוראת תשלום לבנק לשלם לפלוני, אך לא יותר מכך.

בנושא זה כבר כתב באריכות ובטוב טעם, חברנו בבית הדין (בדיון הנוכחי) הרה"ג הרב צבי יהודה בן יעקב שליט"א בספרו משפטיק ליעקב ח"א סי' כא - כה, יעוי"ש. אך אין בית מדרש בלא חידוש, ונכתוב בקצרה את הנלענ"ד בזה.

כידוע ניתן להשתמש בשני סוגי צ'קים.

א. קיים צ'ק שבעל הצ'ק כותב בתוכו את שמו של המוטב, ומוסיף "למוטב בלבד", או "לא סחיר".
 ב. צ'ק שבו נרשם שם המוטב בלבד וללא הגבלה נוספת, והמוטב רשאי להסב את הצ'ק לטובת אדם אחר, ובלבד שיחתום מאחורי הצ'ק, ואותו אדם יכול למסור את הצ'ק לאדם נוסף וכך הלאה, והאחרון יציג את הצ'ק לפירעון. יש לדון בכל אחד מסוגי הצ'קים, מה מעמדו על פי ההלכה.

אילו היינו דנים את הצ'ק רק על פי ניסוח הדברים שנכתבו בו, היה מקום לראות בצ'ק רק דבר אחד והוא הוראה לבנק לשלם למי שיציגו לפירעון. אך אין להוראה זו תוקף כהתחייבות ממון, מאחר שהוראה זו לא ניתנה במעמד שלשתן (דהיינו במעמד בעל החשבון המצווה, הבנק, והמוטב). גם כשחשבון הבנק יתרת זכות, הסכום הנקוב בצ'ק עדיין במעמד של הלוואה של בעל החשבון לבנק, אך אין כאן מעמד שלוש האנשים ההכרחיים לקיום "מעמד שלשתן", מפני שהצ'ק לא נמסר במעמד פקיד הבנק. וכמו כן לא שייך לדון מכח ההלכה של "תן כזכיר", וזאת בהתאם למבואר בחו"מ סי' קכה סעיפים ו' ז' ע"ש, ואכמ"ל.

ולפי זה היה מקום לקבוע שראובן החתום על הצ'ק רשאי לבטלו, כל עוד לא נמשך הכסף מהבנק באמצעות הצ'ק. ובנידון שלפנינו, מאחר שהצ'ק כבר בוטל, הרי

פרטי המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעה מטעם ראובן, התובע את יהודה שלא לנקוט כנגדו בהליכי הוצאה לפועל לגביית צ'קים שברשותו, החתומים על ידי ראובן והרשומים לפקודת שמעון. לטענת ראובן אין מקום לגבות צ'קים אלו מכמה טעמים המפורטים להלן.

לדברי ראובן, סיפור הדברים היה כך - שמעון, הוא איש עסקים, הזקוק לאשראי ולקבל מזומנים מהבנק, אך מצבו באותה עת לא איפשר לקבל אישור מהבנק כמבוקש, על כן קבל מראובן תשעה צ'קים דחויים למועד המאוחר בכמה חדשים, מהם שמונה צ'קים בסך 6,250 ש"ח וצ'ק אחד בסך 4,680 ש"ח, סך הכל הסכום הכולל של הצ'קים הוא 54,580 ש"ח. כנגד צ'קים אלו העביר שמעון לראובן צ'קים בסכום דומה, שמקצתם בסך 15,000 ש"ח נקובים לתאריך של אותו היום ומקצתם דחויים לתאריך מאוחר. מתוך סך החמש עשרה אלף ש"ח, למעשה הבנק כיבד צ'קים בסך 7000 ש"ח, ושאר הצ'קים לא מומשו.

שמעון סבר לעשות בצ'קים שקבל "נכיון צ'קים", אך לבסוף הדבר לא התבצע ולמעשה הבנק החזיר לו את הצ'קים והם נשארו בידו. לפי סיכום שסיכמו ראובן ושמעון, הצ'קים היו אמורים להיות מוחזרים לראובן, ולא לעבור לידיים אחרות, אך שמעון לא עמד בסיכום זה והעבירם לידי לוי, שהוא בעל חובו של שמעון. יצויין שארבעה ימים לאחר ששמעון מסר את הצ'קים ללוי, שמעון פשט רגל, והיו לו בעלי חובות רבים. לאחר זמן לוי העביר את הצ'קים ליהודה שהיה בעל חובו של לוי. יהודה הכניס את הצ'קים לבנק, אך הבנק לא כיבד צ'קים אלו מפני ששמעון ביטלן בסמוך למועד הפקדתם בבנק.

לאחר מכן יהודה פנה ללשכה להוצאה לפועל, על מנת לכפות את ראובן בתשלום הצ'קים, ובעקבות זאת, ראובן הגיש תביעה בבית הדין לביטול הליכי ההוצאה לפועל. לטענתו על פי דין אין מקום לחייבו בתשלום ליהודה, מאחר שכבר ביטל את הצ'קים, וכן מפני שהצ'קים נמסרו לשמעון ללוי בניגוד לסיכום שהושג בין ראובן ושמעון, לדברי ראובן אם יגבו ממנו את הצ'קים, לא יוכל לשוב לגבותם משמעון, מאחר והוא פשט את הרגל ואינו מסוגל לשלם חובותיו.

בבית הדין הופיעו ראובן ובא כחו, וכן הופיע שמעון והודה כי הצ'קים אכן נמסרו ללוי בניגוד לסיכום שהושג בינו לבין ראובן, וכי בכך נהג שלא כהוגן, יהודה עצמו לא יכל להופיע אישית לדיון, והופיע מטעמו בא-כחו ותבע בשם

רשאי להורות לבנק כרצונו, כל עוד לא ניתן תוקף של קניין או התחייבות למעשיו שקדמו להוראת הביטול.

אך האמת היא שכל הסוחרים מתייחסים בהתייחסות נוספת לצ'ק, ורואים בצ'ק (שלא נרשמה עליו הגבלה של "למוטב בלבד") שטר התחייבות של החתום על הצ'ק לכל מי שיוציאו, וכדין ממרני המוזכר בפוסקים (עיין בסמ"ע סי' מח ובש"ך חו"מ סי' נ' סק"ז ובט"ז אה"ע סי' נג סק"ה ובב"ש שם ס"ק יג). ומטעם זה, גם אם הבנק יתחשב בביטול הצ'ק, עכ"פ הצ'ק נשאר בתוקפו, למרות ביטולו על ידי בעל החשבון, ולמרות שהבנק מסרב לכבדו, ונשארה בו ההתחייבות של החתום על הצ'ק לשלם למי שיוציאו.

שרש הדין הקובע את התוקף למנהג הסוחרים נמצא בהלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' רא דסיטומתא קניא. וכתב בשו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ סי' שפ, וז"ל - "בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונים. ואם הדבר אמת שדרך התגרים כמנהג פשוט בעיר אנקונה היה לקנות חובות חבריהם באופן הנזכר, ואע"פ שלא היו מודיעים לבע"ח, היה מחויב מדין העיר ההיא לפרוע החוב לקונה אע"פ שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן הזה ממש, מ"מ כיון שנהגו התגרים לקנות באופן הזה הקנין קיים ... בעיר הנזכרת כל התגרים כשעושים משאם ומתנם מתחייבים למה שהוא מנהג העיר וסוחריה, ואע"פ שלא התנה כאילו התנה".

ועיין בשו"ת מנחת יצחק חלק ה' סי' קיט וסי' קכ שהחתום על הצ'ק מחוייב לשלם את הסכום הנקוב בו לכל מי שמוציאו וכדין ממרני, ובתוך דבריו כתב (בסי' קכ) - "י"ל דמטעם מנהג התגרים צריכים לשלם להמוציא השטר כל הסכום של השטר ... וכל זה אף דלא מטעם דינא דמלכותא, אמנם כהיום הזה, כיון דפסקינן בזה דינא דמלכותא דינא, הרי נודע כעת הדינא דמלכותא, דמחוייב הלואה לשלם לכל המוציא או כל הסכום הנכתב בתוכו, ואינו מועיל שום טענה שיש לו (צריך להוסיף תיבת - על) מי שנתן לו הממרני. ובדברי מרן הדברי חיים שם מוכח להדיא דאם היה חייב מדינא דמלכותא, היה פוסק בזה דינא דמלכותא דינא". וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ז סי' קלא.

וכן עולה מתשובת האגרות משה חלק חו"מ ח"ב סי' טו שיש בצ'ק כח של התחייבות ממון, ולכן כתב שאם אדם לזה סכום כסף מחבירו והלואה נתן למלוה צ'ק והתאריך הרשום בצ'ק הוא למועד פרעון החוב, אם עברה שנת שמיטה והמלוה לא עשה פרוזבול, מ"מ אינו משמט, ובאר זאת האג"מ מטעם שמסירת הצ'ק - "נחשב גם כתשלומין מאחר ואסור לפסול טשעק בדינא דמלכותא".

ובספר "סדר מכירת חמץ כהלכתו" להגרש"א שטרן שליט"א כתב בפרק טו הערה ז' - "ושמעתי מהגרי"ש אלישיב שליט"א שנתנית שיק [המחאה] ג"כ נידון כתשלום ממון מצד סיטומתא ומנהג הסוחרים".

ובספר פתחי חושן על הלכות הלואה עמ' קסב כתב - "יש למצוא צדדי זכות וקנין שיש למקבל הצ'ק מצד מנהג

שההוראה לבנק בוטלה, הצ'ק הפך להיות חסר ערך ואין מקום לתביעת יהודה כנגד ראובן.

בדרך זו הלך בשו"ת שבט הלוי חלק ז' סי' רכב בתשובת הג"ר חיים מאיר הלוי שליט"א, ואביו הגאון בעל שבט הלוי שליט"א הסכים עמו. עיי"ש בנידון הדומה לנידון דידן שראובן מסר צ'ק לשמעון ושמעון העבירו ללוי תמורת סחורה שקבל, ואחר כך ראובן ביטל את הצ'ק, ופסק שם שהביטול תופס ואין מקום לתביעה של שמעון או לוי כנגד ראובן.

וכן בשו"ת עטרת שלמה (להג"ר שלמה שמשון קרליץ ז"ל) ח"א סי' סה כתב בפשיטות לדון צ'ק כהוראה לבנק שאין בה התחייבות ממון מצד עצמה, והביא ראיה מתשובת הרשב"א ח"ו סי' קנט שהביא הב"י חו"מ סי' סו מחודש ס"ק ל', ונפסק ברמ"א סעיף ד', עיי"ש, ובהערות לטור מהדורת מכון ירושלים סי' סו אות רצה.

אך הדברים תמוהים להשוות צ'ק לנידון שבתשובת הרשב"א. בנידון בתשובת רשב"א המלך לא התחייב לאותם שהחזיקו בשטר שיקבלו את הסכום הרשום בשטר, אלא המלך מתחסד עמהם שיטלו את הסכום הנ"ל, ובזה כתב הרשב"א - "שטר כזה אינו רואה שיוכל למכרו אפילו בכתיבה ומסירה, שאין כאן מתחייב". משא"כ בצ'ק פשיטא שבעל החשבון שכתב את הצ'ק התכווין להתחייב למוטב. אלא שעכ"פ לכאורה לא יוכל להעבירו לאחר בלא כתיבה ומסירה, ויבואר להלן, ולכן לפי המבואר להלן גם אין מקום למש"כ בתשובת עטרת שלמה בהמשך דבריו.

אך נראה שאין מקום לפסיקה זו של הרבנים שבט הלוי ועטרת שלמה. נראה ברור שבצ'ק שלא נרשמה בו הגבלה "למוטב בלבד", קיימים שני כוחות. כח אחד הוא, מכח ההסכם שיש בין הבנק לבעל החשבון, וכח שני הוא מכח התוקף שיש לצ'ק מצד מנהג הסוחרים שיש לו גיבוי של חוק המדינה, ובזה לכו"ע דינא דמלכותא דינא, וכמו שיבואר להלן.

הכח הראשון הוא שאנו רואים בצ'ק הוראה לבנק לשלם סכום מסויים לפלוני, ולהוראה זו יש תוקף מצד הסכם ההתקשרות הקיים בין הבנק לבעל החשבון החתום על הצ'ק. ובזה הבנק הוא שלוחו של בעל החשבון לשלם למי שמציג את הצ'ק, בהתאם לכללים הנהוגים, ובהתאם לסיכום של בעל החשבון עם הבנק ביחס לגובה האשראי וכיוצ"ב. ובמידה שבעל החשבון ביטל את הצ'ק, הבנק מסכים מראש עם בעל החשבון החתום על הצ'ק, שלא לכבד את הצ'ק, וזאת מפני שבסופו של דבר הבנק הוא שלוחו של בעל החשבון ופועל מטעמו.

אילו היינו פועלים מצד הכח הזה בלבד, היה מקום לקבוע שבחתימה על הצ'ק אין התחייבות ממון לכשעצמה, וזאת מפני שבנוסח הרשום בצ'ק אין לשון התחייבות אלא לשון הוראה לבנק, והיה מקום למש"כ שבט הלוי, שאין מקום לתביעה כנגד ראובן, מאחר שבכל עת בעל החשבון

בחתימה על הצ'ק ובמסירתו, התחייבות ושעבוד-הגוף של החותם, לשלם לכל מי שיוציאו, לאחר שהצ'ק הועבר אליו כמקובל וכחוק.

וכן התעלם שם בתשובת שבת הלוי מדינא דמלכותא המחזקת את מנהג הסוחרים והבאה לתקן תקנת השוק ולבטל את האפשרות של רמאים לשבש את המסחר.

ועיין בתומים סי' כו סק"א שכתב בתוך דבריו - "אפילו נימא דדינא ח"כ (=חילוף כתב) הם דיני מלכותא, דבר פרטי לתקנות המו"מ במדינה ואינו בכלל שארי נימוסי ומשפטי טיב המדינה שחקק עליהם המלך, וזהו ניחא שיש לבי"ד של ישראל לפסוק כחוק המלך, כי כן יסד המלך וכן קבלו בעלי הדין בכתבם תחילה שיהיה לו תוקף חוק המלך, אבל אין כל זה מועיל שיהיו הם מורשים לדון בערכאות דבר שאינו ברשותם".

ועיין בתשובת החת"ס חחו"מ סי' מד דבכי האי לא אמר הר"ן בנדריים דף כח. את שיטתו דבמלכי ישראל לא אמרינן דינא דמלכותא דינא. דהר"ן איירי במסים ומכס שמטיל המלך בעל כרחם, דבזה מקור הסמכות של המלך נובעת מכך שהוא אדון הארץ, ובמלכי ישראל בארץ ישראל ליכא להאי טעמא. "אבל במנהגים ונימוסים כמו ב"ב נ"ד ע"ב, מודה הר"ן דהטעם משום דניחא להו, ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם".

אמנם אילו היה דינא דמלכותא גרידא ובלא מנהג הסוחרים, היה עדיין מקום לדון בזה, עיין במש"כ בכעין זה התומים סי' טט סק"ה, אך כחזוק למנהג הסוחרים, וכקביעת כללים למנהג שהונהג בכפוף לחוק על מנת שיוכלו לגבות את הצ'ק בערכאות במידת הצורך כשהמחוייב לא יציית לדינא, בצירוף שני אלו, דהיינו המנהג ודינא דמלכותא, יש לדון הצ'ק כהתחייבות ושעבוד הגוף לכל מי שיוציאו כנגדו כחוק, ובזה מיושבים דברי התומים בסי' טט עם דבריו בסי' כו. וע"ע בחזו"א חחו"מ ליקוטים סי' טז סק"ט במש"כ על הצירוף שבין דינא דמלכותא למנהג, ומהני מכח סיטומתא.

טענת קים לי כדעת תשובת שבת הלוי

בסיכומי טענותיו, טען ב"כ של ראובן, טענת קים לי כתשובת שבת הלוי.

נראה שאין מקום לטענה זו מכמה טעמים.

א. ראשית, בשאלת זהותו של המוחזק בנידון דידן, דנו הפוסקים. מפשטות לשון הט"ז באה"ע סי' נג סק"ה והב"ש ס"ק יג נראה שבממרני יש לדון את מחזיק שטר הממרני כמוחזק, אך עיין מש"כ בזה בביאור כוונת הט"ז והב"ש בשו"ת בית אפרים חחו"מ סי' ל'. וע"ע בשו"מ ח"א מהדורה ג' סי' קה ובספר דברי גאונים כלל צא אות ז' שנחלקו בזה הדעות.

ב. בלא"ה נראה שבנידון דידן אין מקום לטענת קים לי כתשובת שבת הלוי. שהרי בשו"ת שבות יעקב בסוף ח"ב בכללי קים לי סעיף יד כתב - "לא אמרינן קים לי כהפוסקים

המדינה, שעפ"י מנהג המדינה המחזיק בצ'ק דינו כמחזיק בשטר חוב, ונמצא כאילו התחייב כותב הצ'ק לשלם למוטב הסכום הנקוב בצ'ק, וממילא יש לדון בו כדין שטר חוב, ואע"פ שיכול לבטל את הצ'ק, אין זה אלא בינו לבין הבנק, אבל אין זה גורע מן ההתחייבות שקבל על עצמו כלפי מקבל הצ'ק, כל זמן שלא יברר שהצ'ק ניתן בטעות, ובכל אופן אין המוטב או המחזיק בצ'ק זוכה בכסף המופקד בבנק ואף לא ממנהג המדינה, ומעיקר הדין יכול הנותן למשוך מתוך החשבון או לבטל את הצ'ק, אבל פשוט שאסור לעשות כן משום שגורם הוצאות וטרחה לבעל הצ'ק".

וע"ע בספר פתחי חשן חלק י' (הלכות עדות שטרות וטו"ג) פרק ט' סעיף יד, ובהערה כט שהאריך מאד בפרטי הלכות אלו.

וע"ע בשו"ת בצל החכמה ח"ו סי' לה סק"ח שנקט בפשיטות שצ'ק אינו רק הוראת תשלום אלא כהתחייבות בשטר חוב, עיי"ש. וכן דעת הג"ר ישראל יעקב פישר ז"ל בספרו אבן ישראל חלק ח' סי' צא.

העולה מדברים אלו שמוסכם על מרבית הפוסקים המובהקים בדורנו, שעסקו בבירור מעמדו של הצ'ק, והם - המנחת יצחק, האגרות משה, ספר בצל החכמה, הגרי"ש אלישיב שליט"א, הגאון רבי ישראל יעקב פישר ז"ל ובעל פתחי חשן, שלא לראות בצ'ק רק את שכתוב בו בלבד - הוראה לבנק גרידא, אלא התחשבו במנהג הסוחרים ובדינא דמלכותא. על כן יש לפסוק כמש"כ המנחת יצחק להשוות צ'ק לממרני. ולאחר ששמעון הסב את הצ'ק וחתם בגב הצ'ק, הצ'ק נידון בגדר שטר שכתוב בו שהלוה מחוייב לשלם לכל מי שנמסר לו הצ'ק.

ואין מקום למש"כ בתשובת שבת הלוי הנזכרת, מאחר ותשובה זו נכתבה בהתייחס לנוסח הכתוב בצ'ק בלבד, ובהתעלמות מהמציאות של מנהג הסוחרים ושל מנהג כל המשתמשים בצ'קים, וכבר ראינו בתשובת מהרשד"ם שמנהג כזה בהעברת חובות קובע גדרי קנין, מכח ההלכה דסיטמתא קניא.

ואמנם לשיטת נתיבות המשפט בחו"מ סי' רא לא מהני סיטומתא בשטרות שאינן נקנים אלא בכתובה ובמסירה, אך מלבד שנעלמו מהגאון נתיבות המשפט דברי מהרשד"ם הנזכרים לעיל, בלא"ה דברי הנתיבות אינן אלא במכירת שטרי חוב, שבהם המוכר מבקש להקנות לקונה את החוב שיש לו על הלוה. משא"כ הכא שהתחייבות של החתום על הצ'ק מעיקרא אינה למוטב בלבד (כל עוד לא נכתב בגוף הצ'ק "למוטב בלבד") אלא לכל מי שיוציא את הצ'ק, לאחר שהנ"ל יקבל את הצ'ק בהסבה כחוק, ובזה אין צורך בכתובה ומסירה, וכמ"ש הרמ"א בחו"מ סי' סו ס"א בשטר שכתוב בו אני משתעבד לך ולכל מי שמוציאו, דהוי כשטר שנכתב מלכתחילה ללוקח וכמבואר בביאור הגר"א סק"ח ועיי"ש בנתיבות המשפט ח"י סק"י ובערוך השלחן חו"מ סי' נ' ס"ב. וה"ה בנידון של צ'קים, מפני מנהג הסוחרים, אנו רואים

וכן בספר פתחי חשן חלק ז' פרק ג' הערה כא כתב - "ונראה שאין דינו של שיק ככסף אלא כשנכתב והוסב על פי כל נהלי הבנקים, אבל בלא"ה אע"פ שאין העולם מקפידים על זה, אין דינו ככסף, שאין תקפו של שיק אלא כשנעשה כדינו ... ובשו"ת מנחת יצחק ח"ה סי' עו כתב שאם לא הסב את השיק אין לו תוקף".

וכן כתב בספר אבן ישראל חלק ח' סי' צא להגרי"י פישר ז"ל שהצ'ק בר תוקף על פי ההלכה רק אם נעשה בהתאם לכללי החוק ומנהג הסוחרים.

אך אם לאחר ששמעון חתם על גב הצ'ק ומסרם ללוי, ולוי העבירם ליהודה בלא חתימתו על גב הצ'ק, אין זו ריעותא בתוקפו של הצ'ק. מאחר ולפי החוק ומנהג הסוחרים, רק שמעון ששמו נרשם בגוף הצ'ק צריך לחתום על גב הצ'ק על מנת להעבירו הלאה. ולאחר ששמעון חתם, הצ'ק הפך להיות כשטר חוב למוכ"ז, וכל מי שמוציאו יכול לתבוע את ראובן שישלם את הסכום הנקוב בצ'ק. ואף אם יש הנוהגים לחתום על כל גב צ'ק שעבר אצלו, גם כשאין שמו רשום כמוטב, היינו מטעמי נוחות בלבד, כדי שמקבל הצ'ק ידע ממי קבלו, אך חתימה זו של לוי אינה הכרחית לקביעת תוקפו של הצ'ק.

ויש להעיר, בתשובת אבן ישראל הנזכרת כתב - "בודאי לפי דינא דמלכותא בצ'ק כל מי שמוסר צ'ק צריך לחתום שמו מאחוריו, שנדע מי מסר לו הצ'ק, ע"כ בודאי צ'ק כזה שלא נחתם שמו מאחוריו אין כאן דינא דמלכותא ולא מנהג". כפי הנראה סבר הגרי"י פישר ז"ל שללא חתימת כל אחד ממקבלי הצ'ק, גם מי שאין שמו מופיע כמוטב בגוף הצ'ק, אין לו תוקף. אך כפי הנראה טיב המנהג והחוק לא היו נהירים דים להגאון ז"ל, בעת כתיבת תשובה זו.

טענת ראובן כי שמעון מסר את הצ'קים בניגוד להסכם עמו

ביחס לטענת ראובן, ששמעון נהג שלא כדין כשמסר את הצ'קים ללוי. ראיתי מש"כ בזה חברנו הרה"ג רצ"י בן יעקב שליט"א לקבוע שראובן אינו נאמן.

ובנוסף נראה, אילו הצ'ק של ראובן עדיין היה ברשותו אלא שהוא נגנב ונמסר לאדם אחר, היה מקום לומר שאין מקום לחייב את ראובן, מאחר ומלכתחילה לא היתה כל התחייבות בשטר זה. אבל בנידון דידן מוסכם שהצ'ק נכתב כדינו על מנת שיגבו בו, ונמסר לשמעון כדין על מנת שיכניסו לבנק לפירעון, והבנק היה רשאי לגבותו, על כן בעת שנכתב הצ'ק, ההתחייבות שבצ'ק קבועה וקיימת. ומה שטען ראובן ששמעון היה צריך להחזיר לו את הצ'ק, אין בה כדי לבטל את ההתחייבות שבצ'ק, מאחר שאינו כחוב בעלמא דמהני בו מחילה, אלא היה עליו לקרוע את הצ'ק דבלא"ה בכל גווני ההתחייבות שבצ'ק קביעה וקיימת במידה שהצ'ק יעבור לאדם נוסף, וכל זאת בהתאם לנימוסו של הצ'ק. התייחס אילו ראובן התחייב רק לשמעון בלבד, היה מקום לדון אם נמחל שעבודו, אך ראובן התחייב לכל מי שיוציאו

דלא מיסתבר טעמייהו". וכבר הראנו דלא מסתבר טעמה של תשובת שבט הלוי שאינה מתייחסת למציאות בין הסוחרים ולדינא דמלכותא, אלא דן שם את הצ'ק רק כפי הנראה לעיניים בקריאת שטר הצ'ק עצמו. וכשם שבסיטומתא, המבוארת בגמרא (בבא מציעא עד.), אין דנים מצד עצם מעשה החותם שחותם על החבית בלבד, בהתעלמות ממנהג הסוחרים, וה"ה הכא, אין מקום לדון רק מצד הנוסח הרשום בצ'ק ולהתעלם מהמציאות של מנהג הסוחרים ודינא דמלכותא. ואף אם היה פוסק בתשובת שבט הלוי או בתשובה אחרת מחכמי הדור שלא להתחשב במנהג הסוחרים, הרי שלא מסתבר כן, ולפי מש"כ השבות יעקב אינו יכול לטעון קים לי כוותיה.

ג. נראה שטענת קים לי יכולה להשמע כשטוען טענת קים לי כדעת גדולי הפוסקים בדורות שעברו וק"ו קים לי כשיטת ראשונים, בזה הדיין אינו רשאי לקבוע שדעה זו היא דעה דחוייה ולמנוע מבעל הדין לטעון טענת קים לי, וכפי שעולה מתשובת מהרי"ק שרש קסא. משא"כ בפוסקי זמנינו, אם הדיין נוכח לדעת שדברי אותו פוסק אינם מחוורים, והוא בר הכי לפסוק בזה, יכול לדחותו ולא יוכל בעל הדין לטעון קים לי כוותיה, וכל זה אפילו אם לא היתה כל תשובה אחרת בנידון זה מלבד תשובת שבט הלוי. ק"ו בנידון דידן שיש סייעתא לפסק זה מתשובותיהם של הרבה מפוסקי הדור המובהקים, ואין כאן הכרעת הדיין לבדו כנגד תשובה זו. ועיין לעיל חלק אה"ע סי' מ' שהארכנו בגדרי טענת "קים לי".

ד. מלבד זאת כפי הנראה סוגיא דעלמא לדון צ'קים כמחייבים התחייבות מוחלטת, ויעויין בשו"ת הרדב"ז ח"א סי' תתכה שאין יכול לטעון קים לי כנגד המנהג, וה"ה הכא, ודאי שכך הוא מנהג הסוחרים, וכפי שכתבנו לעיל.

ובשולי הדברים נעיר, שאם לא נאמר כך, יצא לעז על רבים וטובים מאחבי המוציאים ממון של צ'ק שבעל הצ'ק חזר בו, והיה להם לחוש לחשש גול, ומסתמא יש להניח כי כך נוהג התובע, ראובן, במסגרת עסקיו, להתייחס לצ'ק כהתחייבות גמורה ולא כהוראה לבנק גרידא. ועל כן מכל הנ"ל ברור שאין מקום לטענת קים לי כתשובת שבט הלוי.

בנידון שלפנינו, צריך לבדוק את הצ'קים עצמם. האם הצ'קים שהועברו ללוי נושאים את חתימתו של שמעון בגב הצ'ק. מפני שבלא חתימתו של שמעון, העברת הצ'ק נעשתה בניגוד למנהג הסוחרים ובניגוד להוראות החוק, אא"כ הצ'ק נשאר פתוח ולא נרשם בו שמו של שמעון, ואח"כ יהודה מילא את שמו בגוף הצ'ק, וכפי שבנידון שלפנינו קיים באחד הצ'קים, וג"כ מועיל, לפי המנהג.

ועיין בתשובת מנחת יצחק חלק ה' סי' עו בצ'ק שנמסר לאדם נוסף בלא שהמוסרו יחתום על גב הצ'ק כדרך הסוחרים וכחוק, בזה כתב המנחת יצחק - "כיון שהחוק, וכן דרך הסוחרים, שיחתום הנותן הטשעק על הצד השני, והוא לא עשה כן, הרי זה הפסדו של בעל החנות".

הנגב אינו משלם לו, אך גם לשיטת הגרע"א וקצות החשן אינו דומה לנד"ד. דהתם דנו בגדרי תקנת השוק שבסי' שנו, ובזה דעתם דבכה"ג הלוקח אינו יכול להוציא מהלוחה בחספא בעלמא. אבל בנידון שלפנינו שאנו עוסקים בצ'קים שדינם נגזר מהמציאות של מנהג הסוחרים ודינא דמלכותא, הרי שמנהג הסוחרים הוא להתחשב בצ'ק כהתחייבות ברת תוקף הניתנת לגביה מבעל החשבון החתום על הצ'ק, גם אם נכשלה העסקה שבין ראובן לשמעון, אם יהודה קבל את הצ'ק בתום לב, יוכל לגבותו. וגם לשיטת הגרע"א והקצות נראה לומר שבזה צ'ק אינו כממרני לכל דבר, והדין נותן כן מאחר ואין לך בזה אלא שעתו ומקומו, כל אחד מהם נידון כמנהג הסוחרים באותו מקום ובאותו זמן.

ובנידון שלפנינו אין ביד ראובן להוכיח שיהודה קבל את הצ'קים שלא בתום לב, ובזה המנהג בין הסוחרים שחובת ההוכחה על ראובן, וזאת מתקנת המסחר, וגם יש לדון שהעסקה בעת שהתקיימה לא נכשלה, ראובן קבל צ'ק מול צ'ק, והיינו התחייבות ברת תוקף מול התחייבות ברת תוקף, וכל אחד יכל בדרכים שלו לעשות מאמץ לגבות את הצ'ק (כל עוד לא ארעה פשיטת הרגל, שארעה לאחר זמן רב).

תקנת בורח

ב"כ התובע בסיכומיו טען להחיל במקרה זה, ביחס לשמעון שפשט רגל ועסקיו התמוטטו, את תקנת הבורח שהוזכרה בב"ש אה"ע סי' נב ס"ק יד, ובהתאם לתקנה זו יש לחייב את לוי ויהודה להשיב לשמעון את הצ'קים, ולהגבותם בשוה בין כל בעלי החוב.

תקנת בורח מפורטת בספר מסגרת השלחן בסוף הספר שהעתיק פרטי תקנה זו מפנקס ארבע ארצות, ועיקרה הוא שהאדם שהוכרז כ"בורח" שאין בכוחו לפרוע לבעלי חובותיו, נוטלים את כל רכושו עפ"י הלכות סידור בעל חוב, ותקנו כיצד יחלקו נכסיו בין הנושים, וכל מי שקבל ממנו פירעון חוב תוך רבע שנה יחזירו ליד הנאמן לחלוקת החובות.

לכאורה טענה זו, אינה טענה היכולה להשמע על ידי ראובן התובע שבפנינו, שהרי הוא יחוייב לפרוע את הצ'קים בכל מקרה, אלא ששמעון יכול לטעון כן כנגד לוי ויהודה. אך מאחר ולעת עתה, שמעון ושאר בעלי חובות שלו אינם צד לדיון שבפנינו, לא היה מקום שראובן יעלה טענה זו. אך מנוסח התקנות מבואר שתקנה זו מוטלת על בית הדין גם ללא תביעה.

אמנם בעיקר תקנת בורח יש לציין למש"כ החתם סופר חחו"מ סי' נה - "שוב עיינתי בגוף התקנה ונדפסה בסוף ספר מסגרת השלחן ... ושם בסי' כ"ח וז"ל כל תקנת הבורחים אשר תקנו קדמונים לטובת המלוה ועברו דין תורה, וכתב וכיוצא בהן לא עשינו תקנה אלא לטובת בעלי חובות הדריים במדינותינו ובמקום שנתפשטה תקנותינו, אמנם כנגד האנשים הדריים במקומות אחרים העמדנו על דין תורה,

ואין התחייבות כזו יכולה להתבטל בהסכמת ראובן ושמעון בלבד, וכמו שכתב הש"ך סי' נ' סק"ז - "אפילו פרע בעדים יכול לטעון לא ידעתי, ואנכי כיון שקניתי השטר ונתחייבת לכל מי שמוציאו, והרי אני מוציאו עכשיו, והו"ל כאלו נתחייבת לי מתחילה". ועיין במה שהאריך בזה במנחת יצחק ח"ה סי' קב, לתת יפוי כח לצ'קים שבזמנינו כשנמצאים ביד אדם שלישי, גם כשהחתום על הצ'ק מערער מצד שלא קבל את התמורה המתאימה ממי שנמסר הצ'ק לידו בתחילה, והמנחת יצחק תמך יסודותיו על מה שהשוה צ'ק וממרני, ובמרני כתב בתשובת צמח צדק סי' י' - "יכול אדם ליתן לחבירו שטר זה אפילו בלא כתיבה ומסירה ואפילו בלא כח והרשאה, וכל המוציא גובה בו והכל ממנהג התגרים שקבעו מנהג זה עיקר משום תקנת השוק על פי מנהיגי ארצות וגאוני עולם". ומאחר שלפי מנהג הסוחרים ודינא דמלכותא כל עוד לא נקרע הצ'ק, לא התבטלה ההתחייבות שבו, ולא ניתן לבטל את ההתחייבות שבצ'ק, לא באמירה למחזיק בו שלא ימסרנו לאחר, ואף לא על ידי ביטולו בבנק. על כן בנידון שבפנינו הצ'ק עמד בתקפו גם בעת שנמסר משמעון ללוי ומלוי ליהודה, ואין לראובן אלא להלין על שמעון שלא עמד בדיבורו.

ועיין בתשובת מנחת יצחק חלק ה' סי' עו בצ'ק שלטענת האדם החתום על הצ'ק, הצ'ק נלקח ממנו שלא כדין וניתן לבעל חנות, ובעל החנות טוען שאינו זוכר ממי קבלו, אך תובע מהחתום על הצ'ק לפרעו, וכתב המנחת יצחק - "בנוגע לטענת בעל החנות, קבלתי יהיה ממי שיהיה וכו' אתם צריכים לשלם, הנה אם היה דינו של הטשעק בדינא דמלכותא כמו ח"כ המבואר בתומים (סי' סט סק"ה) דטיבו לתת לאחרים, ואפילו יש לו שובר מהמלוה, צריך לפרוע ללוקח הח"כ, שבידו הח"כ, וכך נימוסו, עיי"ש, ועיין חת"ס (חו"מ סי' קכח) היה אפשר לדון גם בנדון דידן, דאף שבא להקונה החנות שלא כדין, הוי פסידא של בעל הטשעק, ופסידא דנפשיה, וכמ"ש כה"ג הש"ך (סי' קכא ס"ק כו)", עכ"ל המנחת יצחק, ומדבריו יש ללמד ק"ו לנדון דידן.

ואין לדון כאן על פי גדרי תקנת השוק המבוארים בחו"מ סי' שנו, והתם ליכא לתקנה זו בגנב ופרע בחובו או גנב ופרע בהקיפו. אך התם עסקינן במי שמכר חפץ גנוב, והדיון הוא האם שייכת בו תקנת השוק המבוארת בגמרא ונפסקה בחו"מ סי' שנו. משא"כ תקנת השוק שהזכירו הצמח צדק והמנחת יצחק העוסקת בשטר ממרני שהמתחייב חייב עצמו לכל מי שיוציאו, תקנה זו אינה כפופה לגדרי התקנה שבסי' שנו, אלא יסודה לתת יפוי כח לממרני לכל מי שיוציאו, ובכל גווני לרבות אם קבלו בחובו או בהקיפו.

ואין מקום לטענת ראובן שיכול לומר קים לי כגרע"א והקצות בסי' נ'. ראשית יש להעיר מתשובת דברי מלכיאל ח"ד סי' קמט שלא חש לסברתם, וכפי הנראה פשיטא ליה שדין זה הוא בכל תקנת השוק שהקונה את הממרני יוכל לגבותו כנהוג, וכקונה חפץ גנוב שיוכל להשתמש בו כל עוד

הלוקח, ועיי"ש. וכמו דשם יכול לטעון שמא אין אתה מצרן ואינך בכלל התקנה, ה"נ יכול לטעון נגד המלוה השני, שמא אין זה בורח כלל וממילא דאין בכלל התקנה וזה ברור. ובפרט דמוכח מתוך התקנות דלא מיירי רק בבורח גמור ומפורסם, ולא תקנו רק על זה".

הגביה באמצעות "הוצאה לפועל" וההוצאות הכרוכות בכך

במקרה שלפנינו היה מוטל על יהודה להציג את הצ'קים לראובן ולבקש ממנו שיפרע אותם, ואם היה מסרב היה עליו לתבעו לדין תורה ולבקש לחייבו בתשלום, ורק אם ראובן לא היה מציינת לדין תורה היה מקבל רשות לפנות להוצאה לפועל. חבר בית הדין הרה"ג הרב צבי יהודה בן יעקב שליט"א ציין למש"כ בספרו משפטיך ליעקב ח"ב סי' ו', ושם העלה שאין בעיה בעצם גביית החוב בערכאות כל עוד אין טענה מהותית ביחס לחובתו לפרעון החוב גופו. וכפי הנראה זו היתה דעתו של הרה"ג הרב ... שליט"א בהוראתו ליהודה. אך הדברים אינם מחוורים, ולענ"ד בכל מקרה של גביית צ'ק שחזר ולא כובד על ידי הבנק יש לתבעו לדין תורה תחילה, ובאם יסרב להופיע לדין או למלא את פסק הדין, יקבל רשות לגבות חובו באמצעות ההוצאה לפועל.

נקדים ונציין לדברי שו"ת פני משה ח"ב סי' נו. אמנם בתחילת דבריו הביא סברא שאיסור ערכאות מתייחס לדין שיפוטי בלבד, ולא לגביית חוב, אך אין זו מסקנתו לדינא. וז"ל - "קרוב אני הייתי לומר דמעולם אעיקרא דדינא לא עבר אלפניהם ולא לפני גויים אלא דוקא כשהלך לדון בפניהם במקום שצריך משפט, כגון שחלוקים על התביעה מי זוכה בה, במקום שיש הכחשה ביניהם והולכים להדין בפניהם מי יהיה נאמן בדיניהם בטענתו ומי יקרא מוחזק, בכגון דא יקרא לפניהם ולא לפני גויים. אבל אם אחד חייב לחברו ואין עסק הכחשה ביניהם, אלא שמסרב לפרוע ומוליכו לכופו על הפירעון, זאת הבאתי ... מעשים בכל יום שהולכים בעש"ג ואין מוחה ... אלא שרוב גדולי האחרונים כפי הנראה מדבריהם שאינם מחלקים כה"ג ומכללם הרב המבי"ט ז"ל בח"ב סי' יג שכתב שהעושה כן חייב נידוי כי אפילו היה חייב לו סך ידוע לא היה יכול לילך לאומות דעבר אלפניהם ולא לפני גויים", עכ"ל, ועיי"ש שנראה שהסכים לדברי המבי"ט והאחרונים, ולא דחה דבריהם, אלא אדרבה דחה ראיית עצמו שהביא בתחילה מדברי המרדכי, ופרשו בדרך שאין כל הוכחה מדבריו.

דברי הפני משה הובאו בקצרה בספר שערי עזרא להג"ר עזרא בצרי שליט"א (ח"א סי' קיז עמ' שלג), והביא שם בשם כמה מחכמי הספרדים שפסקו כן, ומסקנתו לדינא - "נמצא שאין הפרש באיסור זה בין הולך לדון, ובין הולך להוצאה לפועל, ובפרט שיש כיום בכל ארץ ישראל בתי דינים קבועים הדנים לפי דין תורה, והיה לנתבעים לתבעו בפניהם, והם היו נותנים רשות לפנות להוצאה לפועל אם היה יוצא זכאי, ובפרט שהתובע אינו סרבן וציית דינא".

ע"ש. ולא שמעתי שנתפשטה התקנה במדינותינו, ובספר אורים ותומים לא הזכירה כלל, והוא היה מגדולי גאוני מדינותינו, ואפילו מדינא דמלכותא אינו". עכ"ל החתם סופר, ועיין במהרש"ם ח"ב סי' קצג שהזכיר דבריו. וע"ע בספר נחל יצחק סי' צו ס"ו אות ד' ענף ג'.

אמנם עיין בספר דברי גאוני כלל יד סי' ב' שכתב אודות דברי החת"ס שלא נתפשטה התקנה במדינותינו, שהדברים נכתבו דוקא במדינתו, אבל במדינת פולין הלא שני גאוני הדור הקצוה"ח והנה"מ שניהם כתבו בסי' צט שנהגו לפסוק בתקנה זו, וכן פסק בתשובת בית שלמה חור"מ סי' לא. אך בספר שו"ת רמ"ץ ח"ב דיני חזקות סי' כט כתב - "ע"ד אשר דרש מאיתי אם נתפשטה התקנה הנוכרת בסוף ספר עטרת צבי בענין בורח ... בכמה תשובות בחלק חור"מ הארכתי דספיקא בתקנתא אוקמוהו אדינא ... ועוד נראה למדקדק בלשון התקנות שלא תקנו כי אם לדורם, ואם יהיה לדורות הבאים כמו שהיה בזמניהם החסד ניתן מאת מושלי הארצות שליהודים היה דיני התוה"ק בתוקפו, כנראה מכל פרטי הדברים המבואר שם שהבי"ד יכריזו וכו' ויקחו הוננו לתת ביד איש נאמן וכו' ולעת הוריד יחולק בין בעלי החוב וכו', ועתה בעו"ה הורד תוקף דיני תוה"ק וחסרנו כל אלה, וכעין מ"ש בש"ס ב"ק צ"ד ע"ב, בימי רבי נשנית משנה זו ... ועוד נראה בעליל שלא נתפשטה תקנה זו בגבולינו".

ומאחר כפי הידוע אין תקנה זו נוהגת במקומינו, יש להעמיד על עיקר הדין, ואין מקום לטענת קים לי, דבכה"ג ליכא מ"ד שיש לנהוג בתקנת בורח, כשמעיקרא לא הותקנה ולא התפשטה אלא במקומות מסויימים. ובנוסף תקנה זו הותקנה כשנוהגים בה ככל פרטיה ודקדוקיה, וכמבואר בלשון התקנות הסדר המחוייב, אך מהיכ"ת לתבוע לאכופ פרט אחד מהתקנות כששאר הפרטים אינן ניתנים לביצוע על ידי בית הדין.

ומלבד זאת, מאחר שבתקנת בורח מפורש שלוקחים מהבורח את ביתו לצורך פירעון חובותיו, ואח"כ נוהגים על פי התקנה, הרי שכל עוד לא נקטו בהליך כזה, וכפי הנידון שבפנינו, אין מקום להעלות את הדרישה להסתמך על תקנת בורח.

ובנוסף, אם החייב לא ברח, אלא נמצא כאן וגם אם בערכאות הוא הוכרז כפושט רגל, עדיין לא ברור שעל פי דין תורה הוא נחשב כאדם חסר יכולת לפרוע חובותיו, וכתב בספר השיב משה סי' צ' גם זה אמת, שאין להוציא משום תקנת בורח רק בבורח ודאי, שודאי אין לו לשלם, וכבר לקחו הראשים תחת ידם כל אשר לו וחפשו אצלו ולא נמצא לו יותר, וכבר השביעו אותו ואת אשתו כמבואר כל זה בתקנה. אבל בבורח ספק, איך יוכל להוציא ממון מספק שמא לאו בורח הוא כלל. והוא דומה ממש למ"ש המחבר בש"ע חור"מ סי' קע"ה סעיף מ"ה והוא מהרמב"ם, בטוען הלוקח שמא גולן אתה או שמא אריס אתה ואין אתה בעל המיצר, צריך בעל המיצר להביא ראייה, ואם לא הביא ראייה נשאר ביד

שיוכל לתבוע ההוצאה, ולכן אני נוהג לפשר גם שלא ברצון הבע"ד בתביעת וועקסיל בדא"ה אם הנתבע אין לו שום טו"מ ועיכב הפרעון שלא כדת", עכ"ל. וע"ע במהרש"ם ח"ג סי' סה.

העולה מדברי הגאון מבוטשאטש ז"ל וממש"כ המהרש"ם - רק לאחר שהלוה מודה בחובו אלא שמשמתמט מלשלם, מדינא מותר לגבות את החוב באמצעות הוצל"פ, ומצד מידת חסידות עליו ליטול רשות מבי"ד. אבל כשיש ללוה טענות, או כשעדיין לא ידוע מה בפיו, מדינא מוטל לתבעו תחילה בבי"ד. ומה עוד שדבריהם נסובים על המציאות בזמנם, שבתני הדין נמנעו מלתת כתבי סירוב, וכמבואר במהרש"ם, אך בימינו כפי הנראה המציאות אינה כך, ואדרבה בימינו כח בית דין יפה בכך שאם המחוייב אינו ציית דינא, הרי מאחר שבטרם ירדו לדין בעלי הדין חתמו על שטר בוררות, ניתן לאשר בבית המשפט את פסק הדין, ולאכופ את קיומו בהוצאה לפועל, (וזאת גם כשאין לתובע צ"ק בידו).

ובעיקר דינו של הגאון מבוטשאטש, מלבד שכבר העיר על דבריו המהרש"ם שאין לדבריו ראייה בפוסקים, יש לציין לשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ז סי' קלג סק"ב שדחה דבריו אף בנידון של הגאון מבוטשאטש שהמלוה מודה בעצם החוב. ח"ל מהר"ש ענגיל - "ובדבר לעשות הוצאות בערכאות בלי רשות בית דין על "וועקסיל", לפענ"ד קשה להתיר, כמו שמפורש בחו"מ סי' ס"א דגם מדעת שניהם לא מהני כתב חיוב כזה, ועיין בט"ז שם, והגם דמפורש שם בסמ"ע דבמקום שהמנהג קבוע בעיר מהני, אבל באמת הט"ז מחמיר. ומה שהביא כת"ה משו"ת מהרש"ם ח"א בשם הגאון הק' מבוטשאטש ז"ל דבשטר שיש חיוב ברור הוא רק מידת חסידות, באמת קשה לסמוך על זה, דשם משמע דרק באם רואים שבשטא נפש לא רצה לשלם אז חייב לשלם הוצאות, אבל בעיתים הללו לפעמים באמת אין ביכולת הלוה לשלם ה"וועקסיל", ובדיני ישראל צריך לותר לו הזמן כמפורש בחו"מ סי' ק', לכן קשה להתיר לתבוע בערכאות בלי רשות בית דין".

ומש"כ שם בספר משפטיך ליעקב ח"ב סי' ו' שיש לנהוג עם הצ'קים על פי הכללים שהבנקים והציבור נוהג עם הצ'קים ולכן ניתן לגבות מיידית בהוצל"פ, ואדעתא דהכי ניתן הצ'ק. יש להעיר על דבריו ממש"כ התומים סי' כו סק"א, ח"ל - "מאד צריך ישוב והתבוננות כמו שראיתי כאן ק"ק מיץ וכן הוא בשאר קהילות אשכנז אשר תקנות הקהל בענין ח"כ, שיש רשות לבעל דין לדון אצל משפט ערכאות. מי התיר להם זה, דאף דאמינא דהואיל ותקנו הקהל הוי כאילו הסכימו כל בני העיר וקבלו עליהם, הא אפילו כולם מרוצים אסור לייקר שם ע"א. וכתב הרשב"א ואע"פ ששניהם רוצים לדון בערכאות והוא דבר שבממון אסור, שלא הניחה התורה את העם שהיא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקת העכו"ם ודיניהם ולעמוד לפנייהם אפילו בדבר שדינם כדין ישראל עכ"ל. ואפילו נימא דינא ח"כ הם דיני מלכותא, דבר פרטי לתקנות המו"מ במדינה ואינו בכלל

ויש לחזק סברתו, שהרי ידוע שהלשכה להוצאה לפועל היא חלק ממערכת בתי המשפט, וכשיש צורך להפעיל שיקול דעת כלשהוא, שיקול הדעת הוא של שופט הדין לפי חוקיהם ולא לפי דין תורה, ובדרך כלל אין הלשכה להוצאה לפועל פועלת פעולה טכנית גרידא של גביית החוב. לא מבעיא אם בחוב עסקינן ששייך בו איסור, לא תבא אל ביתו וכו', אלא גם בעניינים אחרים. וכן פסק בספר תשובות והנהגות ח"ג סי' תמב.

וכן בספר שבט הלוי חלק י' סי' רסג כתב - "בנדון השאלה אם מותר לפנות להוצאה לפועל בענין שיק שהנתבע אינו רוצה לשלם. יראה דאם אינו רוצה לשלם והחוב ברור, ואין ברירה למצות הדין כהלכה, מותר להתיר לו לפנות להוצאה לפועל בתנאי שלא יסתר ע"י הוצאה לפועל דין המבואר בחו"מ סי' צ"ז סכ"ג דהיינו פרטי דינים של סדור בע"ח כשכבר הגיע זמן הפרעון. ואם אי אפשר לעמוד ע"ז וכבר לקחו ממנו ע"י הוצאה לפועל מחויב המלוה להחזיר לפי הפרטים המבוארים בשו"ע שם, ובשו"ע חו"מ סי' צ"ט ס"א השייך ג"כ לעניינינו".

וכן בספר פתחי חשן דיני הלוואה פרק ו' הערה יב כתב - "יש לעיין בדין גביית שיק או שטר על ידי הוצאה לפועל אם יש בזה איסור. ולכאורה אינו אלא כפיה למלא התחייבות בלי שום דיון או בירור עובדתי, (אם לא מצד איסור לא תבא), ולפי זה במקום דעביד איניש דינא לנפשיה, ובחוב שאינו מחמת הלוואה מותר. אלא מסתבר ששיק או שטר דינו כזקפן במלוה ושוב יש איסור לא תבא, וצ"ע".

אמנם מצינו שהגאון מבוטשאטש הקל בזה. בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' קצה כתב - "מצאתי בכתבי הגה"ק אבד"ק בוטשאטש ז"ל דבחוב ברור שאין הלוה מכחישו כלל, אין צריך רשות בית דין בזה"ז שאין כח בי"ד יפה בזה"ז כלל, ורק מצד מידת חסידות יקח רשות מבי"ד ... ובפרט אם הלוה מוחזק לאלם או שדרכו שלא ירד לדין על ידי השמטות".

וכן במהרש"ם ח"א סי' פט הביא בשם הגה"ק מבוטשאטש ז"ל דבמה שהנתבע מודה שחייב ואין עליו התדיינות כלל, מדינא אין צריך רשות בי"ד, כי כעת אין כח בי"ד יפה, ורק מצד מידת חסידות להודיע להבי"ד והם יתנו תיכף רשות לגבות חובו בעש"ג. וכתב המהרש"ם - "ועל פי זה אני נוהג כשאני רואה שהנתבע מודה על חובו, אלא שהשמיט מלשלם, והתובע תבע בדא"ה בכל טראטע, אני עושה פשר גם ללא רצון הצדדים להחזיר הוצאות כפי ראות העין. והגם שדברי הגה"ק הנ"ל אין להם ראייה בפוסקים, אבל לפי שבעוה"ר נחשב להם כהיתר לתבוע בדא"ה, ואין הבי"ד נותנים כתבי סירובים, כדאי הוא הגה"ק לסמוך על סברתו".

ובסוף תשובתו כתב מהרש"ם - "דוקא אם יש לו טו"ת לנגדו, דאז היה צריך לתבעו בדיני ישראל, או אין צריך לשלם לו הוצאה ראשונה, משא"כ במודה לו, ועיכב התשלומין שלא כדת, דאין צריך מדינא לתבעו בדיני ישראל, כיון שאין כח להבי"ד לכופו, שוב מועיל השטר חוב

התומים או מעמדו של הוועקסיל שהזכיר בתשובת מהר"ש ענגיל, ולא היה היתר לפנות לערכאות של הלשכה להוצאה לפועל, והיה מוטל על יהודה לתבוע את ראובן בבית דין, ורק אם היה מתחייב בדין ואינו מצייט לדין תורה היה מקבל רשות לפנות להוצאה לפועל, ובלבד שיטול את המגיע לו על פי דין תורה בלבד. והוראתו של הג"ר ... שליט"א ליהודה אינה מחוורת. ושמה מקור הדברים בפסק הגאון מבוטשאטש ז"ל, ובנ"ד לא חשו למידת חסידות, אך כפי שהתבאר גם הגאון מבוטשאטש לא איירי בנידון כעין נ"ד.

וטענת יהודה שדיין מובהק הורה ליהודה לתבוע בהוצל"פ אינה מעלה ואינה מורידה, וכפי שארע בנידון שהובא לפי הרדב"ז (בתשובותיו ח"א סי' קעב) שהדיין סבר ששמעון בעל דינו של ראובן הוא אדם קשה, והורה לראובן לתבוע את בעל דינו בערכאות, גם בלא לקיים קודם לכן דין תורה בבית דין. ועל זה כתב הרדב"ז - "ראובן זה עבר על התורה וחייב לפרוע מה שהפסיד שמעון מדין מוסר, שלא היה לו לסמוך על דברי הדיין. ואם מפני ששמעון הוא אדם קשה היה לו לברור דיינים אחרים, ואם יבררו ששמעון אלם ולא צייט דינא, אז היה לו רשות ללכת לפני ערכאותיהם".

העולה מדברינו - יש לחייב את ראובן בפירעון כל הצ'קים, לאחר שיתברר ששמעון חתם עליהם בגב הצ'ק, כנדרש. וכל עוד ראובן צייט דינא, אין מקום לחייבו בהוצאות שהוציא יהודה בלשכה להוצאה לפועל או בתשלום שכר טרחה לעורך דינו.

מאחר שהמטלטלין שנלקחו מראובן נלקחו בניגוד לדין תורה, על יהודה להשיבם מיד, אא"כ יסכים ראובן להשאירם ביד ההוצאה לפועל, ויסכימו ביניהם על ערכם לענין פירעון החוב.

שארי נימוסי ומשפטי טיב המדינה שחקק עליהם המלך, וזהו ניהא שיש לבי"ד של ישראל לפסוק כחוק המלך, כי כן יסד המלך וכן קבלו בעלי הדין בכתבם תחילה שיהיה לו תוקף חוק המלך, אבל אין כל זה מועיל שיהיו הם מורשים לדין בערכאות דבר שאינו ברשותם, וכי עדיף חוק המלך מחוקו של מלכו של עולם שהוא ד"ת הקדושה. ומ"מ אע"פ שהם דנים בכך, אסור לדין לפניהם. לכן בעו"ה רע עלי המעשה, אפס אין כח לבטלו כי נשתרשו בתקנה זו מבלי שומע, ומי שיהיה כחו יפה יבטלו ויקבל שכר מאלקי המשפט".

וע"ע בספר פסקים וכתבים של הגרי"א הרצוג ז"ל ח"ט סי' כ' שהביא משו"ת עמק הלכה (הלכה ו') שהאריך בשאלה זו ומסקנתו לשלול את ההליכה לערכאות בנידון כזה, וכדעת התומים, ובתשובת הגרי"א הרצוג ז"ל ניסה למצוא לימוד זכות על המנהג שהביא התומים, אך המעיין בדבריו יראה שיש בדבריו רק לימוד זכות אך אין הכרח שעל פי הלכה יש לזה היתר.

וכן בספר שואל ומשיב תניינא ח"ב סי' עט צדד ללמד זכות על המנהג שהביא התומים, חז"ל יש מקום ליישב שלא יעשו כ"כ עבירה, דהוא משום דכיון דיכול למכור לעכו"ם ועכו"ם המוכרו לישראל דינו כעכו"ם ... וא"כ גם הישראל הראשון יש לו זכות זה, שהרי כן הענין של ח"כ שיוכל למסרו להרבה אנשים, ישראלים ועכו"ם להבדיל, כנלפענ"ד ללמד זכות על מנהגי ישראל שלא יהיו חלילה עושי רשעה". המעיין יראה שדבריו הינן לימוד זכות על המנהג, אך אינן יסוד להקל בזה, מאחר ומעיקרא מוטל על ישראל שבידו ח"כ לתבעו בבי"ד, ושלא להסכים לקבל את הזכות העשויה להגיע מכח עכו"ם לתבעו בערכאות, וגם לאחר הסכמה, עדיין מייקר שם עכו"ם.

מסקנת הדברים - בנידון שלפנינו מסתבר שמעמדו של הצ'ק אינו עדיף ממעמדו של ח"כ (= חילוף כתב) שהזכיר

סימן כד

חזרה מהסכם שנעשה בבית דין, ומעמדו של "יפוי כח בלתי חוזר"

ניסן תשנ"ד

בהסכם החתום שהצדדים החזיקו בידם, נכללו סעיפים שבעת הדיון כבר לא היו מוסכמים על הצדדים, וההסכם במתכונתו הראשונה נקרע ולא נעשה בו שימוש. אך בני הזוג בקשו מבית הדין לאשר את אותן הסכמות המקובלות על שני הצדדים, דהיינו העברת הבית והמשק לאשה, ובקשו שינתן תוקף של פסק דין להסכמה זו.

באותו מעמד לא נעשה קנין על האמור, ולא נערך הסכם חדש הכולל את ההסכמות המעודכנות. אלא בהתאם להסכמתם ולבקשתם, ההסכמות שנאמרו בעל פה, אושרו ע"י ביה"ד, וקבלו תוקף של פסק דין.

פרטי המקרה

הצדדים הם זוג נשוי, שהופיעו בביה"ד ובקשו להתגרש. בידם הסכם גירושין שבו נקבע שהבעל מעביר לאשה את חלקו בבית וביחידת המשק הרשומים על שם שניהם. בני הזוג בקשו מבית הדין לדחות את סידור הגט לפרק זמן מסויים, אך בהתאם לבקשתם ניתן צו פירוד זמני, והוסכם לממש בפועל את הסעיפים בהסכם הגירושין שבהם נקבע שהבית והמשק יעברו להרשם על שם האשה בלבד. הצדדים בקשו שינתן תוקף מחייב לסעיפים אלו, על מנת להבטיח לאשה ולילדים מדור ופרנסה.

למרות זאת גם במקרה חריג כאמור לעיל, ובהעדר הנ"ל, ההסכם בתוקף גם בהעדר הקניינים האלו. אלא די בכך ששני הצדדים הסכימו בפני ביה"ד להעברת הרכוש המוסכמת, ובקשו מבית הדין שינתן תוקף מחייב להסכמתם לאלתר וללא כל תנאי.

נקדים ונבאר את ההלכה שמעשה הנעשה ע"י קהל יש לו תוקף אף בלא קנין, ואח"כ נוכיח שה"ה במעשה הנעשה בפני בי"ד.

בהגהות המרדכי במסכת בבא מציעא סי' תנו כתב - "וששאלת, רבים שהשכירו מלמד אם יכולים לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא. הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני שלשה אינו יכול לחזור, דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד. ורבים הם שלשה כדאיתא פרק השולח. ואפילו יחיד העושה על פי רבים, אין יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים, כ"ש רבים עצמם. ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין. ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר, כדאמרין פ"ב דמגילה בירושלמי. וכל דבר תנאי וקנין די בג' טובי העיר, כדאמרין בנדרים גבי ההוא דאתפיס זכוותא לבי"ד".

דברי הגהות המרדכי האלו הובאו בדרכי משה חו"מ סי' שלג ס"ה ובספר באר הגולה סי' שלה אות ו'.

מבואר בהגהות מרדכי, שלא דוקא מעשי הקהל שעושים בעצמם אין צריך קנין, אלא גם כל מה שנעשה בפניהם. שהרי כתב בהגהות מרדכי "הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני שלשה אינו יכול לחזור ... ואפילו יחיד העושה על פי רבים אין יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים כ"ש רבים עצמם. ולכך נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין", עכ"ל. בתחילה כתב הדין של דבר הנעשה בפני רבים, ולמד ק"ו למעשה הרבים עצמם. לפי דרכו, גם דבר שאדם מקבל בפני בי"ד של שלשה אין צריך קנין, וכפי שדברי הקהל או מה שנעשה בפניהם אינו צריך קנין.

בשו"ע חו"מ סי' כב סעיף א' בדין מי שקבל עליו קרוב או פסול דקיי"ל שיכול לחזור בו עד גמר דין, פסק הרמ"א "מיהו אם הם ממונים בעיר או טובי העיר לא יוכל לחזור דכן נוהגים דכל מה שאדם מקבל לפני ראשי העיר שלא יוכל לחזור בו". וכתב הסמ"ע ס"ק יב - "וכל דבר שנעשה בפני שלשה אינו יכול לחזור, וכן פסק הגמ"ר הראשונות בפ"י דב"מ והביאו הב"י והד"מ לקמן סי' שלג ס"ה, וכל דברי הקהל ג"כ אין צריכים קנין, כגון שפטר אחד ממסים וכיוצא ב"עכ"ל ס"ס קסג".

ההלכה בסי' כב אינה מתייחסת לענייני הקהל דוקא, אלא זוהי הלכה כללית, שאף בדין תורה בין שני אנשים, אם קבלו והתחייבו בפני טובי העיר או בפני בי"ד, יחשב כקנין ואינם יכולים לחזור בהם.

לאחר מכן, ובהתאם למוסכם, הבעל חתם על מסמך "יפוי כח בלתי חוזר", שבו הסמיך את ב"כ האשה להעברת הרכוש על שם האשה.

לאחר מספר חודשים, התקיים דיון נוסף בבית הדין והתברר שהצדדים חלוקים ביניהם בשאלת הגירושין, האשה תבעה להתגרש כפי שסוכם בזמנו, ואילו הבעל תבע שלום בית והודיע שהוא חוזר בו מהסכמתו להעברת הדירה והמשק ע"ש האשה. בקשתו היא, שביה"ד יכריזו על ביטול ההסכם שנעשה בזמנו וישאר על כנו המצב הנוכחי שבו עדיין הבית והמשק רשום ע"ש שניהם. לטענתו, ההסכמות הושגו במגמה להבריה נושים, ולא העלה על דעתו שהדבר ישמש את האשה שתהא ידה על העליונה בחלוקת רכוש במסגרת הגירושין, כשהדברים נעשו בעת שעדיין שניהם הסכימו שאין מקום להשלים את הליך הגירושין.

כמו כן הבעל טען שקבל יעוץ משפטי מוטעה ששיעצו לו להעביר את הבית והמשק ע"ש האשה עקב החובות, מכיון שעפ"י חוק הגנת הדייר לא היה ניתן להוציאו מביתו, וכל ההליך של מכירת המשק והבית במושב לצורך כיסוי החוב היה מעיקרו בלתי ריאלי, ואילו היה מקבל יעוץ מתאים לא היה עושה כן.

לעומתו, האשה מבקשת לאשר ולהשלים את ההליך של העברת הבית והמשק על שמה.

בסופו של דבר בני הזוג התגרשו ללא עיכובים נוספים, וללא הסכם נוסף, אך הבעל בקש להורות על ביטול ההסכם שאושר בזמנו, וטען לשלול את תוקף ההליך שנעשה בזמנו. עלינו לברר כמה נושאים -

א. האם יש תוקף להסכמה הנ"ל בבית הדין להעברת הרכוש על שם האשה, או שבהעדר הסכם כתוב וחתום או קניין בר תוקף חילופי, כל עוד הרכוש טרם נרשם על שם האשה, הבעל רשאי לחזור בו.

ב. יש לברר מה מעמדו של "יפוי כח בלתי חוזר". האם החותם על מסמך כזה יכול לחזור בו מחתימתו. דהיינו, אם לא היה תוקף להסכמה בבית הדין במתכונת המתוארת, כנטען. מה המעמד שיש למסמך "יפוי כח בלתי חוזר" שנחתם על ידי הבעל ונמסר לב"כ האשה.

ג. כיצד להתייחס לטענה שההתחייבות לאשה בטלה מכיון שנעשתה רק על מנת להבריה את הנושים.

מעמד ההסכם בעל פה שנערך בפני בית הדין

נראה שהסכמה שהוצגה לבית הדין בזמנו וכפי המתואר לעיל, היא בתוקף גם ללא קנין נוסף.

אמנם בדרך כלל, וללא יוצא מן הכלל, בית הדין נוהג לאשר הסכם גירושין או כל הסכם אחר, לאחר שההסכם נערך בכתב ונחתם כמקובל, ולהסכם כזה תוקף כקניין סיטומתא, ולחילופין נעשה קנין סודר עם הצדדים, או שקונים בקנין אודיתא.

אימת דאמרת לי לא פרענא. ובתשובת הרשב"א שהביא מהרי"ק שרש קפא מבואר דהוא משום שקבל בפני בית דין וחשיב כתקנת בית דין וכל שמקבל בפני בית דין יש לתקנתם כח בית דין שנעשה קנין. ונראה דלא נחלקו הרמ"ה והרשב"א בשרשי הדברים, דמודה הרשב"א דהודאה חשיבא קנין, ומודה הרמ"ה דדבר הנעשה בפני ב"ד הוא כתקנת בית דין כמו שהאריך מהרי"ק שם, אלא הכא בנאמן עלי אבא או דור לי בחיי ראשך ס"ל להרמ"ה שאין כאן כוונת האומר לקבעו ע"פ בית דין, אלא יש כאן משום הודאה. והרשב"א ס"ל שאין כאן הודאה אלא יש כאן קיום הדברים על פי ב"ד. ומיהו בחוץ לבי"ד ונשבע כבר, דאינו יכול לחזור בו לדעת הנמוקי יוסף ע"כ משום אודיתא אף לדעת הרשב"א. עכ"ל החזו"א, וע"ע שם בחזו"א סק"ט.

הרי שתי דרכים לביאור הטעם שההסכמה בפני ב"ד מחייבת כקנין, לשיטת הרשב"ם והרמ"ה יחשב כקנין אודיתא, כגון בהסכמה שהסכימו בבית הדין שהקרקע תעבור לבעלותו של אדם אחר אנו דנים את בעל הקרקע כמי שהודה שהקרקע שייכת לחבירו. ולשיטת הרשב"א יש לבאר שזהו מתוקף כח בית דין, שדבר הנעשה בפני ב"ד יש לו תוקף כקנין. ודוגמא לכך שהחלטת בית דין עושה קנין אף ללא קנין אחר, מצינו במי שחייב כסף לחבירו ואינו משלם, ובית הדין פוסקים שהחפץ שביד הלואה הוא פירעון החוב ומעתה שייך למלוה, ואף שהמלוה לא עשה בו קנין הרי הוא שלו מכח פסק בית הדין. וכתב החזו"א (ב"ק סי' יח סק"ו) - "בחפץ שביד הלואה נראה דאין צריך קנין, דפסק ב"ד עושה קנין, כמו בקרקע דמהני פסק ב"ד כדאמר ב"מ לה: דאכיל פירי למר מכי מטי אדרכתא לידו ולמר עבז"ל ולמר מכי שלמו ימי אכרותא, ולכו"ע אין צריך קנין אלא החלטת בית דין" עכ"ל.

ובספר ערך שי חלק חו"מ סי' סו סעיף א' כתב - "הא דלעיל סי' כ"ב ס"א בהג"ה, דכל מה שמקבל בפני ראשי העיר אינו יכול לחזור אינו יכול לחזור ... היינו טעמא משום שקבלום לדיינים והפקרן הפקר כבית הדין הגדול אפילו טעו ואדעתא דהכי לא קבלם, וכמבואר בתשובות מימוניות להלכות סנהדרין פ"ז סי' י', וזה לא שייך רק בפסק שגזרו, לא במכירה ושכירות שעשו עם יחיד דאין זה מעשה בית דין".

ויש סמך לדבריו בתשובת הרשב"ש סי' תקסו שכתב - "כבר כתבו הרא"ש ז"ל והרשב"א ז"ל בתשובותיהם, דאלים כחא דצבורא בלא קנין כיחיד בקנין. ואני סמכתי דבריו בתשובתי דמשום הפקר ב"ד נגעו בה. אם כן צבור אפילו בלא קנין ובדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם מכירתם מכירה, וכדאמרינן בפרק יש נוחלין גבי כתובת בנין דכרין דדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם קני בתנאי ב"ד, ודין הצבור על קהלים כדן ב"ד לכל העולם כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה".

ובעיקר דינו של הרמ"א, צריך לעיון מדברי התוס' ב"מ עד. שבארו הלכה זו דקבל עליו ק"פ, וכתבו - "נאמן עליו

על מש"כ הרמ"א שאם הם ממונים בעיר או טובי העיר לא יוכל לחזור, כתב הגר"א בביאורו ס"ק יא - "וכן אין צריך קנין כמ"ש בס"ס קס"ג". מבואר שהגר"א נקט שההלכה בסי' כב יסודה בהלכה שדברי הקהל אינן צריכים קנין, ואין זו הלכה פרטית השייכת רק לדין קבל עליו קרוב או פסול, אלא דברי הרמ"א בסי' כב נובעים מכך שזוהי הלכה כללית, שכל ענין דברי הקהל אינן צריכים קנין, ופשיטא ליה להגר"א שאין חילוק בין דברי הקהל לענייני הקהל שאינן צריכים קנין ובין דבר פרטי בין שני יחידים שנעשה בפני טובי העיר. וכן מבואר מדברי הסמ"ע שהזכרנו. ומפורש בסמ"ע, דלאו דוקא קהל אלא אף שלשה דיינים.

לדעת הלבוש בסי' קסג, אדרבה שורש הדין הוא ההלכה שדבר הנעשה בפני ב"ד אין צריך קנין, ומהלכה זו יצא שדברי הקהל אינם צריכים קנין. הלבוש באר הטעם שדברי הקהל אינן צריכים קנין, הוא מפני שנחשב כנעשה בפני ב"ד, תלה את דין הקהל בבי"ד.

וע"ע בדברי החזו"א חו"מ ב"ב סי' ד' ס"ק כב שהאריך לבאר את דברי הגמ"ר הנוכחים, ודעתו שהכח של טובי העיר אינו רק כשלוחי הצבור, אלא נוסף להם כח של ב"ד ומתוקף כח ב"ד שיש לקהל, נקבע שכל הנעשה בפניהם אינו צריך קנין.

וכן בנחל יצחק סי' כב באר שגם ביחס ליחיד עצמו, חל דין קנין אם קבל והתחייב בפני טובי העיר, והכח של טובי העיר הוא מפני שדינם כבי"ד חשוב. אך כתב שם שאם הם נוגעים בדבר אינן יכולים להחשב ב"ד. וכתב הנחל יצחק - "הא דסי' כב דהיחיד מקבל לפני ז' טובי העיר איזה ענין דכיון דאין זה לטובת הציבור ואינן נוגעין בזה, ע"כ כחם אלימא טובא שיהא חל הקנין במה שמקבל לפנייהם כי דין ב"ד חשוב להם, ואף דבמה דהוי הפקעת ממון של יחיד אינן יכולין כנ"ל, עם כל זה, זהו דוקא בע"כ של חבירו, אבל אם היחיד מתרצה וקיבל בפניהם מרצונו הטוב על איזה ענין, בזה מהני קבלתו לפנייהם".

העולה מדברינו - מוסכם על הרמ"א הסמ"ע הלבוש והגר"א כפשטות לשון הגמ"ר שהבאנו, ולא דוקא דברי הקהל שעשו מעשה לצורך הציבור אינם צריכים קנין, אלא ה"ה מה שאדם מקבל על עצמו בפני ב"ד אין צריך קנין. אך הלכה זו טעונה בירור, מאיזה טעם מה שקבל עליו בפני ב"ד אין צריך קנין.

נראה שדבר הלמד מעניינו הוא. מאחר שהלכה זו הובאה ברמ"א בסי' כב, הלכה זו תתבאר עפ"י דברי הראשונים שפרשו את הסוגיא "נאמן עלי אבא" וכו'.

החזו"א חו"מ סנהדרין סי' יז סק"ד הביא שתי שיטות בראשונים, וז"ל החזו"א - "נאמן עלי אבא כו' הא דאינו יכול לחזור בו אפילו באתן לך, מבואר ברשב"ם ב"ב קכ"ח א' ד"ה אינו, וברמ"ה ב"ב יג א' בסוגיא דגוד או אגוד דהוא משום הודאה דמודה לו שהוא חייב לו אם יאמר אבא, והודאה מהני כדאמר ב"ב קמ"א א' שבועות מב א' מהימנת לי כל

לבטל השליחות ולהרשות לאחר, הרי זה מבטל". וכתב על זה הרדב"ז (הודפס בספר הליקוטים ברמב"ם מהדורת שבתי פרנקל) - "ואם התנה השליח שלא יכול לבטלו הכל לפי תנאו", עכ"ל. הרי מבואר שמועיל תנאי שלא יכול לבטל השליחות, ומשמעות לשונו שזהו תנאי של השליח, הרשאי להתנות שהמינוי תקף בתנאי שהמשלח לא יכול לבטלו.

וכן כתב בשו"ת פרי החיים (להג"ר חיים רוזנברג ז"ל, חור"מ מהדורת א' סי' כ"ב) שאם התנו שלא יכול לבטל את השליחות תנאו קיים, ופסק כסברת הרדב"ז, (המשיב בשו"ת פרי החיים לא ראה את דברי הרדב"ז ש"ל רק לאחרונה).

הג"ח רוזנברג ז"ל בתוך התשובה כתב לבאר את המובא בפתחי תשובה חור"מ סי' קפב סק"ד בשם שו"ת מים חיים שאם המשלח נתן לשליח חפץ למכרו ולפני שהשליח הספיק למכרו כבר מכרו המשלח ואח"כ מכרו השליח, ופסק שם שאם השליח והקונה לא ידעו מהביטול מקחם קיים, ולא מקחו של המשלח. והביא ראה לכך מהש"ך בסי' קכב ס"ק יא.

ומבאר בשו"ת פרי החיים שראיית המים חיים מדברי הש"ך היא, ממש"כ הש"ך שאם אדם שלח מורשה עם הרשאה ובטלו, שאינו בטל כל זמן שלא לקח ההרשאה מידו, ובאר הש"ך "נהי דיכול לבטל, היינו שאומר לו אין רצוני שתהיה שלוחי וחוזר ולוקח ההרשאה ממנו. אבל כשמניח ההרשאה בידו לאו כל כמיניה לבטל, שהרי זה יתן לו או יציית עמו דין עפ"י ההרשאה וההרשאה תהיה אצלו". והוסיף בתשובת פרי החיים - "ומעתה על פי זה שפיר דברי המים חיים הנ"ל, דה"נ כיון שנתן להשליח החפץ למכור, משום הכי נהי דיכול לבטל השליחות היינו שיקח מידו החפץ חזרה, אבל כשמניח החפץ ביד השליח אין מועיל לו הביטול, כיון דהשליח ימכרנו והקונה יוכל לקנות, וכיון דלא מהני הביטול ממילא מכירת השליח קיים ומכירת המשלח בטל, כמו בכל משלח ששלח שליח למכור על מנת שלא יוכל לבטלו דאין המשלח יוכל עוד למכרו, וה"נ כיון דלא מהני הביטול מהשליח ממילא מכירת השליח קיים ולא מהני מכירת המשלח".

הרי שלפי דרכו, הביאור בדברי הש"ך בסי' קכב ס"ק יא הוא שהמרשה נידון כמי שהתנה עם המורשה שלא יוכל לבטלו שלא בפניו, אלא רק על ידי לקיחת ההרשאה ממנו, וגם בסתמא, דנים שנעשה כמי שהתנה כן, ותנאו קיים כדי שלא יפסיד הקונה מהמורשה או מי שדן עמו. ומדבריו למד הג"ר חיים רפפורט ז"ל בתשובת מים חיים דה"ה המוסר חפץ לשלוחו, בסתמא נעשה כמי שהתנה עמו שלא יוכל לבטלו אלא א"כ יטול ממנו את החפץ חזרה, וגם כאן אמדינן בסתמא תנאי זה, כדי שלא יקרה שהשליח מכר אחר שכבר המשלח ביטל השליחות.

כל האמור בביאור הש"ך והמים חיים מבוסס על ההנחה שכתב בתשובת פרי החיים שניתן להתנות במינוי השליח, שנעשה שליח על מנת שלא יוכל לבטלו.

אבא כו' ... דאין יכול לחזור בו, התם דין הוא שיועיל כיון שיש להם תביעה זה על זה והם קבלו עליהם כך את הדין, ולא דמי להיכא שאין לו שום תביעה", ועיין בקצוה"ח סי' עא סק"ב שהביאו דבריהם. וצ"ע שהרמ"א הורה כן אף בלא תביעה. ובהכרח שלא מכח קבלתם הורה כן, אלא מפני כח בית דין, וכסברת הרשב"א שהביא החזו"א, על כן אין לך בו אלא חידושו, דעכ"פ בעינן שלשה כמבואר בסמ"ע, ולעניין זה אין די בדיין אחד, אף אם הוא אב"ד יחיד מומחה.

לפי האמור - בנידון שלפנינו, הבית והמשק נקנו לאשה בקנין. הקנין בתוקף מכח ההסכמה בפני בית הדין להעביר את הרכוש לאשה, והבקשה המשותפת שינתן תוקף מחייב להסכמה זו.

וכן כתב בשו"ת ישכיל עבדי ח"ז חור"מ סי' א' ביחס להסכם שאושר ע"י ביה"ד - "וכן אם הפשרנים היו ז' טובי העיר לא צריך קנין, והרי פשוט דאישור ביה"ד הוא עדיף טפי מז' טובי העיר".

וכן פסק בשו"ת ציץ אליעזר חלק יב סי' עד וחלק טז סי' נג שהסכם גירושין שנעשה בפני בי"ד יש לו תוקף מחייב, וזאת בהתאם להלכה המבוארת בהגמ"ר ובסמ"ע ובלבוש הנוכחים לעיל שכל דבר הנעשה בפני בי"ד אין צריך קנין, אלא שהציץ אליעזר רק ציין את המקורות האלו ולא האריך בטעמו של דבר, ולפי המבואר להלכה זו יסודות איתנים ומבוארים.

תקפו של "יפוי כח בלתי חוזר"

מסמך זה הקרוי - "יפוי כח בלתי חוזר", משמש בזמנינו, אך פוסקי דורינו לא דנו במעמדו של שטר כזה, ויש מקום לבירור יסודי מה טיבו ומה כוחו על פי ההלכה.

א. מינה שליח והתנו שלא יוכל לבטלו האם תנאו קיים

יש לדון בשאלת תקפו של "יפוי כח בלתי חוזר" למכירת רכוש, שנחתם ונמסר לב"כ הקונה, האם ניתן לחזור ממנו קודם ביצוע העסקה.

לכאורה, במקרה שבפנינו, יש לראות במסמך זה רק מינוי ב"כ האשה כשלוחו של הבעל לביצוע העברת הרכוש ורישומו בטאבו. לכאורה, על פי ההלכה כל משלח יכול לחזור בו ממינוי השליח כל עוד השליח טרם עשה שליחותו. אלא שבשליחות זו נוסף התנאי שהמשלח לא יוכל לחזור בו ממינוי השליח, וכפי שנקרא המסמך "יפוי כח בלתי חוזר". יש לברר את תוקפו של תנאי כזה, שהמשלח שולל מעצמו את הזכות לחזור בו ולבטל את השליחות.

לכאורה נראה, מכיון שהשליח יונק את כוחו מהמשלח בלבד, לא יתכן שהמשלח יבטל את השליחות והשליחות לא תבטל, כמבואר במסכת קידושין דף נט., דאתי דיבור ומבטל דיבור, וגם בנד"ד יש מקום לסברא זו.

אלא שמצינו ברדב"ז שכתב להיפך, הרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין פרק ג' ה"ח פסק - "מי שהרשה לאחד ורצה

מהני תנאי כזה בשליח הגט. אלא בדיני ממונות נעשה כמי שהתחייב שלא לבטל את השליחות, וה"ה ב"פיוי כח בלתי חוזר" יש לדון את החותם על מסמך זה כמי שהתחייב שלא לחזור בו מהשליחות. ויש לדון האם יש תוקף להתחייבות כזו. האם התחייבות זו דינה כקנין דברים בעלמא, או המשלח שיעבד גופו שלא לחזור בו, ומהני מדין התחייבות.

לכאורה מדברי הכנה"ג שהזכרנו לעיל מוכח דלא מהני התחייבות כזו, שהרי בנוסח שטר הרשאה שכתב בשם הר"ש יפה מוזכר שהמרשה התחייב שלא לבטל את ההרשאה, אך לא הסתפקו בכך והוסיפו פיסול עדי ביטול הרשאה ושבועה שלא יבטלה, ואי נימא דס"ל דהתחייבות זו מהני, הרי דסגי בהתחייבות גרידא, ואף אם יבואו עדים שבטל את ההרשאה לא מהני שהרי התחייב שלא לבטלה ויש תוקף להתחייבות בתורת שעבוד גופו לכל ההתחייבויות שיתחייב המורשה, אלא ע"כ דס"ל דהוי קנין דברים ולא סגי בלא פיסול עדי ביטול הרשאה ושבועה.

וכן בשו"ת תועפות ראם (להג"ר אהרן משה טויבש ז"ל) חו"מ סי' ו' כתב שהתחייבות בשב ואל תעשה הוי קנין דברים.

התועפות ראם דן בשני סוחרים שיש להם חנויות סמוכות שהסכימו שהאחד ימכור רק סחורה ממין מסוים, והשני ימכור רק סחורה ממין אחר, וכל אחד מהם התחייב בקנין סודר שלא למכור סחורה מאותו מין שחברו מוכר. והביא דברי הרשב"א שברמ"א חו"מ סי' רג סעיף א', המחלק בין קנין למחול שהוא קנין דברים, לקנין להחזיר לו כל זכויותיו. ומבאר התועפות ראם - "וטעמו נראה משום דבקנין אתן להני דסברי דמהני היינו משום דאמרינן דע"י קנין נתחייב גופו לזה, ובאמת מסתימת הש"ס בב"מ פרק השואל בהא דמתנה שומר חנם להיות כשואל, במה בדברים, ומשני שמואל בשקנו מידו. וקשה דהא הוי קנין דברים, וע"כ משום דהוי כמחייב עצמו ... שם הקנין אינו נגד חיוב שמירה אלא נגד חיוב שילום באונסין, ומוכר דקנין אתן מהני וזה נראה לי ראייה ברורה. ועכ"פ הא דמהני היינו משום דמחייב גופו לזה, וסובר הרשב"א דחיוב הגוף לא שייך אלא בדבר שמחייב גופו לעשות, אבל בדבר שאין בו שעבוד הגוף לעשות כמו מחילה דאינו אלא סילוק שעבוד לא שייך בזה חיוב גוף, וממילא לא מהני קנין זה, כך נלענ"ד סברת הרשב"א. וא"כ בנ"ד דהוי הקנין שלא להחזיק סחורה והוי בשב ואל תעשה א"כ תו לא מהני קנין. מיהו הרמ"א שם היסב כוונת הרשב"א לכוונה אחרת ולחלק בין למחול ובין לכתוב שטר מחילה, ועיי"ש בט"ז". עכ"ל התועפות ראם. ובסוף דבריו כתב, שאם עשו קנין סודר על דברים, אף דלא מהני אך קאי במי שפרע ולכן לא יחזור בו.

וראיתי בספר משפט שלום למהרש"ם סי' רט ס"ק טז שהביא מחלוקת אחרונים אם מועילה התחייבות בשב ואל תעשה, והביא בשם שו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ד' ושו"ת תועפות ראם חלק חו"מ סי' ו' דלא מהני התחייבות בכה"ג

מסקנת הדברים - לדעת הרדב"ז, ולדעת שו"ת פרי החיים אליבא דהש"ך והמים חיים, מועיל התנאי שלא יוכל לבטל השליחות.

אמנם הגרצ"פ פראנק ז"ל בספרו הר צבי על הטור חו"מ סי' קכב חולק על דברי המים חיים, ובכלל דבריו שאין מקום לדינו של הרדב"ז והפרי החיים ושאין ללמד מדברי הש"ך לעניינינו.

הגרצ"פ פראנק ז"ל שם כתב שאין ללמד מהרשאה, דאלמדה כאילו קנה השליח בממון הנתבע קנין גמור, שהרי כותב לו זיל דון ואפיק לנפשיך. משא"כ שליחות בעלמא הנגמרת בדיבור בעלמא. על מה שכתב בתשובת מים חיים שאין ללמד ביטול שליח בממון משליח הגט דממונא מאיסורא לא ילפינן, כתב על זה בהר צבי - "תמה אני, הא אמרינן (ב"מ ע"א). שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה, ומשנה שלימה שנינו בפ"ג דתרומות דבעשה שליח לתרום בידו לבטל שלא בפניו, דתנן ביטל אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה, ומשמע אף שלא ידע השליח בעת שתרום. וביותר דענין הביטול אינו מבואר בתורה (במקרא מלא) אלא מסברא פשיטא להו לחז"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור (קידושין נט), א"כ מה"ת לחלק בזה ... ועוד אנן קיי"ל כר"י דילפינן מציאה מגט (ב"מ יא) וכשמואל דאמר "מתנה הרי היא כגט" (גיטין כט). הרי דפשיטא לן דבדיני שליחות אין לחלק בין ממונא לגט", עכ"ל הגרצ"פ ז"ל בהר צבי.

הרי שלדבריו שוים דיני שליחות בממון לשליחות בגיטין וקידושין, ולפי זה לא מהני תנאי שלא יוכל לבטל שליחות השליח בענייני ממון, כשם שבשליח להולכת הגט מבואר בראשונים שאם בטלו השליחות בטלה, ולא מצאו אפשרות לחסום את הדרך לביטול השליח באמצעות תנאי בעת המינוי, שנעשה שליח על מנת שלא יוכל לבטלו, וכמו שכתב הר"ן בתשובה סי' מג בדבריו על שליח להולכת הגט "היאך אפשר שיוכל אדם לסלק כחו מחמת שום ביטול שיעשה עכשיו שלא יוכל אחר כך לבטל שליחותו, זה אינו מוצא לו מקום ולא ענין ... אלא ודאי אין שום תקנה בעולם שלא יוכל הבעל לבטל לאחר מיכן שליח להולכה, לפיכך כתבו הראשונים ז"ל להשיעו בכך, כמו שכתוב בספר התרומה, ולא מצאו תקנה אחרת בדבר".

העולה מדברינו, למש"כ בהר צבי ליתא לדינו של המים חיים, ולא יועיל תנאי שלא יוכל לבטל השליחות.

וכן עולה מדברי כנה"ג חו"מ סי' קכב בהגה"ט סעיף ח' שהביא נוסח הרשאה שסדר רבי שמואל יפה מחכמי קושטא שבו המרשה מתחייב שלא לבטל את ההרשאה ופסל כל עדים שיעידו שבטלה וכן נשבע שלא יבטלה, ומבואר שאין פתרון באמצעות תנאי שהמשלח לא יוכל לבטלו, אלא בהכרח להיזקק לשבועה ופיסול עדי ביטול הרשאה.

ב. האם מועילה התחייבות שלא לבטל את השליחות

נראה לבאר את שיטת הרדב"ז שאין זו הלכה בהלכות שלוחין שמועיל תנאי שלא יוכל לבטלו, וכדמוכח מהא דלא

שטוען קניתי על מנת להקנות, דשייך ג"כ קנין על מנת להקנות כמבואר בנדירים דף מח ע"ב.

דהיינו הנתיבות באר שבמסירת החפץ לשליש הרי הקנו לשליש קנין בחפץ שיכול לעשות בו כפי שהצטווה, ואינו רק כשליח שאין לו קנין בגוף החפץ. ולכן בהמשך דבריו כתב הנתיבות שבטענת שלישי אני, דינו כטוען לקוחה היא בידי.

הרי שהתחדש בדבריו שניתן לפצל את ההקנאה, כשם שאדם יכול למכור לשני את כל החפץ או לפצל את הקנין ולהקנות רק את החפץ לפירותיו, ה"ה בכוחו למכור לשליש את כל הקנין שיש לו בחפץ, לענין זה שהשליש יוכל למכור כרצונו. ובוזה שונה השליש משליח. את השליח יכול לבטל אף בעל כרחו, ובשליש אם השליש עומד על זכותו למכור את החפץ הרי שיכול לעשות כן אף בניגוד להסכמת המשליש, וזאת על יסוד הקנין בגוף החפץ.

אמנם מדברי הראשונים בסוגית שלישי אין הכרח לחידוש זה של הנתיבות, אך גם לא מצינו חולק על הנתיבות בחידושו זה שקיים גדר כזה של הקנאת זכות המכירה לאחר.

לכן יש לומר ה"ה ביפוי כח בלתי חוזר, אין כאן מינוי שליחות גרידא, מינוי שמעצם טיבעו ניתן לחזרה, אלא למסמך זה מעמד קנייני, ומקניין לא ניתן לחזור. אותו אדם שקבל את יפוי הכח והוסמך להעביר את הרכוש של הבעל לאשה, לעניין זה דינו כשליש, מפני שבמסירת יפוי הכח הקנו לו את הזכות למכור את הרכוש, ולא ניתן לבטל קנין זה בעל כרחו.

נחזור לנידון שלפנינו, ב"כ הבעל טען בביה"ד, שלא ניתן ליחס ערך כלשהוא ליפוי הכח, אלא אם יפוי הכח מיועד לממש ולהוציא לפועל הסכם בר תוקף. אך לפי האמור בדברינו, אין צורך שתקדם לחתימה על יפוי הכח הסכם מחייב שנעשה בקנין, ודי בהסכמה בין בני הזוג להעביר את חלקו של הבעל ברכוש לאשה, אף אם להסכמה זו לא היה תוקף של קניין, אך מאחר וכתוצאה מהסכמה זו שאושרה בבית הדין נחתם יפוי כח בלתי חוזר ונמסר לב"כ האשה, בכך הבעל הקנה לב"כ האשה את הזכות להעביר את הרכוש לאשה לרבות רישומו בטאבו.

טענת הבעל שהעברת הרכוש לאשה נעשתה כדי להבריח מבעלי החובות

נראה שאין מקום לבטל את העברת הרכוש על שם האשה מכח טענה שהמקח נעשה רק כדי להבריח מבעלי החובות, וזאת משני טעמים.

ראשית, אמנם יש לבעל חובות כבדים, אך היה שיקול בהעברת המשק והבית על שם האשה, שיקול של הבטחת מקור הכנסה בטוח לאשה ולילדים. חובת הבעל לזון את הילדים ובהעברת הרכוש לאשה הבעל מילא חובתו להבטחת מזונותיהם ובכך נפטר מתביעת מזונות, מה עוד שהבעל ידע שאין לו דרך לממש את חלקו ברכוש, מכיון

דהוי כעין קנין דברים. לעומת זאת בשו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ סי' שע כתב בפשיטות דמהני התחייבות ככה"ג. וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"א סי' רכו שהעלה דהמוחזק יכול לומר קים לי דלא מהני התחייבות כזו, וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קע אות יח.

ולפי זה ה"ה בהתחייבות זו שלא לבטל את השליחות הדבר תלוי בפלוגתת האחרונים אי הוי קנין דברים. ואם דינו של הרדב"ז הוא מכח התחייבות שלא לבטל, דין זה תלוי בפלוגתא זו, ולדעת המהרש"ם המוחזק יכול לטעון קים לי.

ג. תוקף "יפוי כח בלתי חוזר" מכח סיטומתא

יש לדון האם יש תוקף ליפוי כח בלתי חוזר מדין סיטומתא, מכיון שמנהג העולם ומנהג הסוחרים שלא לחזור בהם לאחר שחתמו על היפוי כח הנ"ל. אמנם לא ניתן לראות בחתימה על "יפוי כח בלתי חוזר" כהתחייבות לעצם המכר, ואין לראות את המוסר מסמך כזה לחברו התחייבות למכור את הנכס. אמנם מנהג העולם לראות בחתימה על מסמך זה בפני עו"ד, כחתימה על מסמך המאפשר לעורך הדין להעביר את הרישום בטאבו על שם הקונה, אך מכיון ששמו של הקונה אינו מופיע בדרך כלל במסמך, וניתן להשתמש במסמך זה לצורך מכירת הנכס לאדם אחר, אין התחייבות למכור הנכס לפלוני דוקא.

אבל נראה שמדין סיטומתא יש לדון שבחתימה על המסמך קיימת התחייבות מצד החותם שלא לחזור בו ממינוי השליחות ששלח את העו"ד לרשום את הנכס על שם הקונה.

ולפי זה הענין תלוי בשאלה האם קנין סיטומתא חל על דברים, או שמא קנין סיטומתא מועיל רק במקום שקנין אחר מועיל ומשמש כתחליף למעשה הקנין בלבד, אבל במקום שנידון כקנין דברים הוא אינו מועיל גם אם מנהג הסוחרים להקנות. ועיין בפד"ר חלק ח' עמ' 52 שכתבו להוכיח מכמה אחרונים שסיטומתא מהני אף בדבר שאין בו ממש, אך הסברא עדיין אינה ברורה שהרי אין לקנין על מה לחול.

ד. תוקפו של "יפוי כח בלתי חוזר" לשיטת הנתיבות

בדין שלישי מצינו שתי דעות בראשונים בסוגיא בגיטין בפרק האומר דף סד. לשיטת רש"י ועוד ראשונים השליש נאמן מכיון שהצדדים האמינוהו בכך שמסרו את השלישות בידו. ואילו לשיטת התוספות והר"ן קיימת הקנאה על דעת כן שיעשה בחפץ כפי שיאמר השליש, דהיינו המשליש תלה דעתו בדעת השליש והוא המקנה את החפץ כפי שיאמר השליש.

בנתיבות המשפט סי' נו סק"ה באר גדר חדש בדין שלישי. ח"ל - "שליש קנין גמור אית ליה בחפץ, שהקנה לו שיהיה כך אם יאמר כך, כמ"ש התוס' בגיטין עיי"ש. וטוען שלישי אני דמי ממש לטוען לקוח הוא בידי, דמה לי אם טוען לקוח הוא בידי לגופו או לפירותיו או לשאר איזה קנין, או

נכסיו, ממה שיזכה בהן המקבל ויפסיד נכסיו מעכשיו וגם לא יפרע חובו, וכן פי' הר"ר מאיר הלוי ז"ל ושאר גדולי הארץ הזאת וכן עיקר".

בסברת ר"ת וסייעתו י"ל דס"ל דאף שהלוה עשה מעשה שאינו הגון, עכ"פ בזה לכשעצמו אין כח להחשב אומדנא דמוכח שלא גמר והקנה, מכיון שאין הוכחה אחרת שלא היתה גמירות דעת לקנין, הקנין תקף.

לכאורה, אם נקבל את טענת הבעל שכל מטרת העברת הרכוש לאשה היה רק לשם הברחה, הנידון שלפנינו תלוי במחלוקת ר"ת וסייעתו והרא"ש. שהרי בנידון דידן אף לטענת הבעל, הרכוש היה יוצא מרשותו. או שהיה נלקח בפירעון החובות, או שהיה מועבר לאשה. ולכן מכיון שע"י הברחה זו לא היה נשאר בידו הרכוש, אין מקום לבטל את המקח בטענת הברחה לשיטת ר"ת. ולשיטת הרא"ש לכאורה יש מקום לטענת הבעל.

וע"ע בשו"ת הרא"ש כלל עח ס"א שפסק כשיטתו אך הוסיף סברא נוספת שמכיון שבא לגזול חברו (המלוה) בערמה עושים תקנה לבטל ערמתו. ועיין בשו"ע חו"מ סי' צט ס"ו שהביא את תשובת הרא"ש להלכה. ויש לדון האם שיטת ר"ת נדחית מהלכה בשו"ע, או שהשו"ע רק קבל את הסברא שהוסיף הרא"ש בתשובה, ויתכן שבמקום כגון נידון דידן שמכירת המשק והבית לאשה הבטיחה להם את מזונותיהם ומדור שלהם ללא הפרעה, לא קיימת סברת הרא"ש בתשובה, ואולי בתר רוב הראשונים שפסקו כר"ת. ועוד יש לציין מש"כ המחבר בסי' קיא ס"ב שרק אם יש הוכחה שלהברחה נתכוין יש מקום לבטל את ההקנאה, ובנ"ד על הבעל להוכיח טענתו, ולא סגי בטענה בעלמא. (דוגמא להוכחה, הוא הנידון המבואר בתשובות הרא"ש שם שהמקנה עדיין ממשיך לגור בביתו ולנהלו כאילו לא נמכר כלל).

והנה הרמ"א בחו"מ סי' צט ס"ו כתב - "מיהו אם נראה לבית הדין שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"פ שהיתה כוונתו להבריח".

דברי הרמ"א צריכים ביאור, בתחילת דבריו מבואר דאיירי בכה"ג "שלא כיוונו לערמה", ובסוף דבריו מבואר "שהיתה כוונתו להבריח". ונראה בכוונתו ד"ערמה" שנקט היינו במשמעות המבוארת בתשובת הרא"ש, שעשה שלא כדין לגזול את חברו, ולפי"ז בענייננו שיש הצדקה למעשיו ההקנאה קיימת.

ובנתיבות המשפט סק"ו באר את כוונת הרמ"א שיש חילוק בין "מתנה גמורה" דהיינו מתנה שהנותן לא יוכל לחזור בו ממנה שהיא קיימת, לבין מתנה שהנותן השאיר לעצמו את הדרך לחזור ממנה, עיי"ש בדבריו בסק"ה ובסק"ו. ולדבריו בנ"ד מכיון שלאחר חתימה על יפוי כח בלתי חוזר לא ניתן לחזור מההקנאה, וק"ו לאחר העברה בטאבו, ומכיון שהבעל ידע שלא יוכל לחזור בו, הרי שזוהי מתנה גמורה לדעת הרמ"א ואין מקום לבטלה בטענת הערמה.

שקשה מאד למכור חצי משק וחצי בית ויתכן שהדבר אף בלתי אפשרי, ולכן למרות שהיתה כוונה להבריח את הנכסים מבעלי החוב, אך בנוסף היתה כוונה להבטיח מקור הכנסה לילדים ובכך נמנע ממנו הצורך להפריש סכום גדול מהכנסתו לצורך מזונותיהן. מניסוח פסק הדין שיצא מבית הדין לאחר שנעשה ההסכם ביניהם, עולה שאכן זו היתה הכוונה, ואין אומדנא ברורה בלבו ובלב כל אדם לביטול עקב כוונת הברחה.

גם לפי טענת הבעל שהכוונה בהעברת הרישום במשק והבית על שם האשה היתה - הברחה מבעלי החובות, אין לבטל את ההליך.

נחלקו ראשונים בסוגית שטר מברחת (כתובות דף עט.) - שיטת ר"ת, המובאת בתוס' ד"ה עשאום, שדוקא בעובדא שבגמרא שע"י שטר מברחת, הנכסים נשארו בידי האשה, ולא נפלו לא בידי המקבל ולא בידי הבעל, קיימת אומדנא דמוכח לבטל תוקף השטר דאמרינן שלא היתה גמירות דעת קנין. אבל במקום שבכל מקרה הנכסים לא ישארו בידי בעל הנכסים, אלא או שיזכה בהן הבעל חוב או המקבל, בכה"ג אמרינן שהשטר קיים, וגמר בדעתו להעדיף את המקבל על בעל החוב. וז"ל התוס' בשם ר"ת - "וכבר בא מעשה שטר מבריה נכסיו לפני ר"ת שרצה ללוות ורצה שלא ישתעבדו נכסיו לבעל חוב, וגם שטר מבריה נכסיו שלא ישתעבדו נכסיו לכתובת אשתו, ואמר ר"ת שהשטר קיים ומגבינן ביה. דדוקא הכא דהוי מברחת דלא קני להו בעל דהו נכסים שאין ידועים, אמרינן דודאי להבריח נתכוין, אבל במעשים אלו דאי לא הוי קני לוקח הויא קני להו בעל חוב והאשה, וכיון דבהכי לא הוי מוברח אית לן למימר דלמתנה גמורה איכוין".

רוב הראשונים הסכימו לשיטת ר"ת, והם רבינו שמשון שברא"ש, הרשב"א הר"ן והריטב"א בחי' בסוגיא, הרא"ה שבשטמ"ק, בבית הבחירה למאירי ובחי' רבינו קרשקש עמ"ס כתובות.

לעומת זאת הרא"ש (כתובות פ"ח סי' ג') חולק על ר"ת, לאחר שהרא"ש הביא את דברי ר"ת כתב הרא"ש - "האי סברא ליתא כלל, דודאי לאברוחי איכוין כדמפרש הש"ס טעמא לא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, ונקרא שטר מבריה כיון דכוונתו היתה להבריח, אלא שטעה בזה כסבור היה שתועיל ההברחה אע"פ שלא יקנה המקבל, והמקבל אי אפשר לו לקנות כיון שלא כיון להקנות לו, ממילא נשארו הנכסים ברשותו ונשתעבדו לכתובת אשה ולבעל חוב. ועוד עיקר הדין הזה הוא אומד הדעת, וזה האיש שכוון להבריח וכסבור הוא שתועיל ההברחה אע"פ שלא זכה המקבל, וכשיודע לו שאי אפשר להיות זה אלא שצריך שיקנה המקבל או ישתעבדו לבעל חוב ולכתובת אשה, אגן סהדי דניחא ליה שלא יזכה בהו המקבל וישארו בחזקתו, ויאכל פירות נכסיו עד שיטרפם בעל חוב ויפרע חובו מנכסיו ולא יהיה לוה רשע ולא ישלם, או תמות אשתו בחייו וישארו לו

נראה שהדברים מפורשים בט"ז חו"מ סי' שלב ס"ד, וז"ל הט"ז - "מעשים בכל יום שאדם מוכר לחבירו חפץ ואומר לו כך נתנו לי סך זה ולא רציתי למכור בזה הסך, ואח"כ נתברר שלא היה שום קונה בסך הקצבה שזכר הוא, וכי בשביל זה יבטל המקח".

והנה הפת"ש בחו"מ סי' רז סק"ט הביא משו"ת חות יאיר סי' סט שנשאל שאלה דומה לנידון בט"ז, וז"ל - "לוי שבא לשמעון ואמר לו ביתך הפנוי בלא דיורים מכור אותו לי, ואמר לו אם תתן לי מחירה ת"ק ר"ט אתננה לך, ואמר לו לוי אתן לך ש', השיב שמעון כבר רוצה נפתלי ליתן לי ש'. ונשבע בנקיטת חפץ שאם יבוא היום אדם ויתן לו בעדה ת' לא יתננו לו, ומפני כך נתו לו לוי ת"י וקנה הבית. ויהי העם כמתלוננים שקנה בית ביוקר מאד, שאל לוי לנפתלי אם אמת הוא שבקש ליתן ש' בעד הבית והשיב להד"ם ואם בקש ליתנה לי בעד ש' לא חפצתי לקחתה. ותבע לוי לשמעון בדין, והשיב בענין נפתלי להשיב את מקחי אמרתי שקר כי זה דרך התגרים להשבע שכך קנו הסחורה אף כי שקר הוא".

הרי שהשאלה שעמדה לפני החות יאיר היא כשנעשה מקח והקונה קבל נתונים מוטעים על ערך הרכוש, האם יש מקום לבטל המקח עקב ההטעיה. והשיב החות יאיר - "נ"ל ששמעון פטור מדיני אדם, אע"פ שהתל שמעון בו בערמתו שהתפאר שנפתלי ביקש לו ש' ר"ט ולוי לא שאל פיו לפני קנייתו וסמך על הימנותי כי סבר מילתא דעבידא לאיגלויי לא משקר איניש ויש לו תרעומת על חבירו ועל עצמו שהאמין לו ועשה דרך התגרים שנשבעים שבכך וכך קנו, אף דעון פלילי הוא ופתי יאמין".

אך במסקנתו העלה החות יאיר שאם הקונה עדיין מוחזק במעות, אי אפשר להוציא ממנו, ועיי"ש בפת"ש שהעיר על דבריו מדברי הט"ז. וע"ע מש"כ בזה המהרש"ם במשפט שלום סי' רכז ס"ג.

ונוסף לכך גם לדברי החות יאיר אין מקום להשאיר המעות ביד המוחזק אלא באומדנא דמוכח, וכמ"ש "אם עדיין המעות בידו נ"ל דמצי למימר על דברייך שאמרת שכבר רצה נפתלי ליתן לך ש' ונשבעת סמכתי, וי"ל דבכה"ג הוא אומדנא דמוכח שכתב הרא"ש דמהני אפילו במכר וכמ"ש בהגהות הרמ"א סי' רז ס"ד". והיינו אומדנא דומיא דשכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד או מי ששמע שמת בנו ונתן כל נכסיו ואחר כך התברר שהבן חי, עיי"ש בביאור הגר"א ס"ק יג. אך לא באומדנא שאינה מוכחת כלל כגון בנד"ד שלמשק יש חובות שהאשה לקחה אותם על עצמה וכלל לא ברור שהוא ירויח מכך שהמשק ישאר בידו.

מסקנת הדברים -

א. ההסכם שהסכימו בבית הדין שהמשק והבית יעברו לבעלתה הבלעדית של האשה הוא בתוקף מחייב, כהסכם שנעשה בקנין גמור, מכיון שהסכמה זו נעשתה בפני בית הדין.

וכן לפי מש"כ בקצות החשן שם סק"ח הרי בנותן מתנה לקרובו על מנת שבעל חובו לא יגבה אותה ממנו אין אפשרות לבטלה בטענת הערמה.

וע"ע בפת"ש סק"ז ובתומים שחלק על מסקנת החוות יאיר, ולדברי התומים ודאי ההקנאה שבנידון דידן היא הקנאה גמורה. ובפרי תבואה העלה שעכ"פ המוחזק בבית יכול לומר קים לי כר"ת וסייעתו, ובנד"ד יש לדון אם האשה נחשבת כמוחזקת בבית לטעון קים לי כמסקנת הפרי תבואה. אך נראה שאין צורך לבוא מכח טענת קים לי מכיון שרוב הראשונים נקטו כר"ת, ולפי מה שבארנו נראה שבנד"ד גם לדעת המחבר בשו"ע ההקנאה קיימת. וכן הדין לדעת הרמ"א אליבא דהקצות והנתיבות והתומים ולדבריהם גם הרא"ש מודה בכה"ג, ולכן יש לפסוק בפשיטות שאין מקום לטענת הבעל דלהברחה נתכוין. וכן העלה בשו"ת תבואות שמש חחו"מ סי' מא, וז"ל במסקנתו - "להלכה ולמעשה כל שהיתה מתנה גמורה וחלוטה ויצאה מיד הנותן והחזיק בה המקבל, או שהמקבל אשה או קטן, אע"ג דניכר הדבר שנעשית להבריא, עם כל זאת המתנה קיימת". עיי"ש שלא הזכיר חלק ממקורות שהבאנו והוסיף להביא כמה מהמשיבים הספרדים שדנו בזה.

ומה שטען הבעל שקבל יעוץ מוטעה ולכן מכר את הרכוש לאשה, ואח"כ התברר שאין במצב שקיים צורך למכור את הרכוש, אין בדבריו אלו ממש לבטל את המקח.

מצינו שיכול לבטל את המקח במקום שהתקבל מידע חדש, ואנן סהדי שאילו ידע על כך מתחילה בעת ביצוע המכר לא היה מוכר. עיי"ן בחו"מ סי' ר"ז ס"ד, וכן כגון בשכיב מרע שנתן כל נכסיו וקם מחוליו או יוצא בקולר וניצל, כמבואר בשו"ע סי' רנ. וע"ע בשו"ע חו"מ סי' רמו ס"ג שכתב "יש מי שאומר דה"ה בריא שכתב כל נכסיו לאחר מחמת שהיה צריך לברוח מפני בעלי חוביו או מפני אויביו ואח"כ עשה פשרה עם בעלי חוביו ואויביו או שמתו, אם נתברר שלא כתב מתנה זו אלא מחמת כן הואיל ונדחית השעה מפניו והרי הוא צריך לנכסיו בטלה המתנה". ועיי"ש בסמ"ע ובאחרונים שנחלקו על מש"כ הבי"י וכתבו שדין זה שנוי במחלוקת ראשונים. הרי שאף במקום שיש הוכחה שכל כוונתו היתה להבריא הנכסים, כגון שלמעשה ראינו אותו בורח מפני הנושים וטרם בריחתו מכר כל רכושו והתברר שעילת המכר בטלה כגון שמתו הנושים או התפשר עמם, אפ"ה נחלקו הראשונים אם הוי הוכחה ואומדנא המספיקה לבטל המקח.

ולכן בנד"ד שלא התחדש דבר שלא היה בעת המכר. אלא רק קבל יעוץ אחר, אינו יכול לחזור בו.

ועדיין יש לדון, האם בנסיבות שאדם קונה חפץ או רכוש על סמך מידע שהקנין נחוץ לו וכי יש לו תועלת מרובה מקנין זה, והתברר שהוטעה, ואילו היה יודע מתחילה את הנתונים האמיתיים לא היה קונה, האם גם נידון כזה דומה לדין מקח טעות.

מעיד על כך שהתנו שלא יוכלו לחזור בהם. בארנו לעיל ששיטה זו אינה מוסכמת. בנוסף קיימת סברא שיש לראות במסירת היפוי כח, התחייבות שלא לחזור מהשליחות, ולכמה דעות מועילה התחייבות כזו, מה עוד שיש מקום לדון כאן מדין סיטומתא המועילה לכמה דעות אף בהתחייבות על "דברים". וכן העלנו שיש לדחות טענת ב"כ הבעל לבטל הקנין מפני שנעשה להבריח מבעלי חובות בלבד. וכן את טענתו שקבל יעוץ מוטעה. לכן יש להורות על סיום ההליכים להעברת המשק והבית על שם האשה.

ב. מלבד זאת, יש מקום לראות את "יפוי הכח" שניתן לב"כ האשה, כהתחייבות למכירת הדירה, או כהקנאת הזכות של המכירה לב"כ האשה. יפוי הכח ניתן כתוצאה מהסכמה בין הצדדים, הסכמה שנאמרה בביה"ד, יפוי כח ניתן לב"כ האשה זכות למכור אף ללא הסכמת הבעל. הבסיס לקביעה זו הוא שיטת הנתיבות שהתבארה לעיל ולשיטה זו, ב"כ האשה קנה בקנין המועיל, את כח הקנאת הנכס לטובת האשה, ולא ניתן לחזור מקניין זה. הבאנו את שיטת הרדב"ז, ולשיטתו לא ניתן לחזור מיפוי הכח מפני שתיתכן שליחות שלא ניתן לבטלה, כגון כשהתנו שלא יוכלו לחזור בהם, וה"ה ביפוי כח בלתי חוזר, ששמו

סימן כה

פסק דין בנוקי שכנים

ה' אדר ב' תשס"ג

הביא לריבוי ציפורים בשטח זה, המלכלכים את המקום (של התובעת).

וכן עלתה טענה על ירידת ערך הנכס של התובעת עקב בניה זו, שהביאה באופן ישיר להפחתת שכר הדירה המשולם על ידי הדייר המתגורר כעת בדירה, הפחתה של 75 דולר לחדש.

טענה נוספת נטענה, שבניית המחיצה נעשתה בניגוד לחוקי התכנון והבניה ותוך כדי השגת גבול שלא כדין. הנתבע טען שהמחיצה בצד דרום נחוצה לו למנוע היזק ראייה ולשם שמירה על הפרטיות שלו בעת שהותו בחצר. מאחר שהעולים במדרגות מביטים עליו מלמעלה למטה, והיה הכרח למנוע זאת.

לטענתו, הבניה בצד מערב נועדה לחסום מעבר של אנשים או ילדים הקופצים על הגג שברשותו וגורמים נזק ליריעות הזפת המונחות על הגג לצורך איטום. עד כאן תמצית הטענות.

השאלה הראשונה שעלינו לברר היא, האם הנתבע זכאי להקים את המחיצה בצד דרום, וזכאי לכפות על התובעת את הקמת המחיצה, עקב היזק ראייה הנגרם לו, בעת שהוא יושב בחצרו. היזק ראייה הנגרם על ידי האנשים העולים במדרגות בדרכם לדירת התובעת, וההולכים בגבולה הצפוני של הרחבה של התובעת, הגובלת בחלקו.

אם המחיצה מחוייבת, ומצד הדין בנייתה מוטלת על שני הצדדים, הרי שאין מקום לטענה השוללת את עצם הקמתה או השוללת את השימוש בכותל לצורך בנייתה.

הנושא הנידון הוא טענת הנתבע שנגרם לו היזק ראייה הפוגע ביכולתו להשתמש בחצרו הסמוכה לביתו, שבה הוא רגיל לשבת מדי פעם, לאכול או לשוחח עם חברים וכיוצ"ב. נציין כי המקום מוקף גדר, ובני רשות הרבים אינם רואים

בפני בית הדין תביעת גב' א., באמצעות באי כחה, כנגד ב. הגר בסמוך לביתה של התובעת. התקיים דיון בבית הדין לאחר שנחתם שטר בוררות כמקובל. בנוסף, חברי בית הדין ערכו ביקור במקום נשוא הדיון, בנוכחות הצדדים.

לתובעת דירת מגורים בצפת בעיר העתיקה, המושכרת לאדם אחר. בסמוך לה מתגורר הנתבע. דירת התובעת בקומה שניה, והדרך לדירה באמצעות במדרגות העולות בסמוך לחצרו של הנתבע, חצר הנמצאת במפלס הקרקע.

הנתבע ביצע פעולת בניית מחיצה העשויה מפיברגלאס, באופן חד צדדי, ובלא תיאום ובלא הסכמת הנתבעת. המחיצה מפרידה בין חצרו של הנתבע לחצר התובעת. המחיצה הוקמה בצד דרום (לחצר הנתבע) על מנת להפריד בין החצרות ולמנוע היזק ראייה מהעולים במדרגות היכולים להביט לתוך חצר הנתבע, וכן בין הרחבה הסמוכה לדירת התובעת וחצרו של הנתבע, הנמצאת על גבי הקרקע והנמוך כשלשה מטר מהרחבה. בנוסף הנתבע הקים מחיצה בצד מערב (לשטח הגג שברשותו) בין רחבה הסמוכה לדירת התובעת ובין הגג הנמצא בסמוך ובאותו מפלס, והשייך לנתבע.

עקב בניית המחיצה בצד מערב, נחסמה האפשרות לראות את הנוף היפה של הרי מירון שהיה נשקף מהרחבה (השייכת לתובעת), בטרם הוקמה המחיצה.

יש לציין שהקונסטרוקציה המחזיקה את המחיצות נבנתה על הכותל המקיף את הרחבה השייכת לתובעת, ולצורך כך נקדחו חורים בכותל, וכל זאת ללא ידיעתה והסכמתה.

התובעת טענה שהמחיצה מסבה לה נזק מפני שהמחיצה גרמה להסתרת הנוף, חסימת אויר ואור. לטענתה, מלבד האמור לעיל, הרי שבימי הקיץ החמים, המחיצה מגבירה את החום בשטח הרחבה. וכן נטענה טענה שהמצב החדש

בד"מ סי' רפ"ו אות ד' דחצרות שלנו הן רחבות שאינן לדירה ... אבל קושטא דמלתא דחצרות שלנו לא מקרי דירה, ואף רחבות אינן, שרחבה היו משמשין לאוצר ואנו אין אנו רגילין בזה. והלכך חצרות שלנו דינן כגינה".

לפי זה יש לדון האם גם לענין הלכות היזק ראייה, היזק ראייה יחשב כהיזק רק בחצר שעיקר תשמיש הבית שם כמו שהיה בימי חז"ל, או שלא חילקו בין סוגי החצרות.

וראייתי בחזו"א (ב"ב סי' יב סק"ג) שכתב על המשנה בב"ב דף נט: שאסור לפתוח חלון לחצר חברו או אפילו לחצר השותפין, וז"ל - "וזה תלוי במנהגא שאם מנהג המקום שכל אחד פותח חלונות לחצר סתמא הכי הוא, ואצלנו שאין אנו רגילים בתשמיש צנוע בחצר נראה דסתמא הוא על דעת לפתוח חלונות".

נראה מדברי החזו"א שאין קפידא שיהא רוב תשמישו בחצר, אלא די בכך שרגיל בשימוש צנוע בחצר, והיינו שימוש שאין מקובל לעשות בפרהסיא, אלא במקום צנוע המוסתר מעין הרבים. לפי זה, אמנם בחצר המשמשת כרחבת כניסה לבית בלבד, וכפי המצוי כיום בחצרות הבתים המשותפים שבעיר, או אפילו בחצר בית פרטי שאינה משמשת אלא למעבר בלבד, אין דיני היזק ראייה. אבל בחצר המשמשת את בעל הבית לאכילה או שתיה לעיתים, ולשבת ולשוחח שם עם בני ביתו או אחרים, שייך דין היזק ראייה.

סייעתא לקביעה זו, יש להביא מתשובת הרשב"א בח"ג סי' קפ, שכתב - "שאלת, ראובן יש לו גן בביתו, ופעמים הנשים עושות שם מלאכתן, וכן אוכלין שם בקיץ לרוח היום, ויש לשכנים חלונות פתוחות על אותו הגן זה ימים רבים. הודיענו, אם יש להן חזקה, אם לאו". בתשובה זו דן הרשב"א בשאלת חזקה בהיזק ראייה, והיה פשוט להרשב"א, שבמקרה שם יש לדון היזק ראייה, מאחר שבמקום זה יש גן הסמוך לבית "ופעמים הנשים עושות שם מלאכתן, וכן אוכלין שם בקיץ לרוח היום".

וכן נראה מסתימת תשובות ראשונים ואחרונים שדנו בדין היזק ראייה בחצר, ולא ראו מקום לברר בכל מקרה לגופו, האם רוב תשמישו בחצר.

והבית יוסף בסי' קנד כתב שמדברי הרא"ש בתשובה כלל י"ח סי' ט"ו משמע בהדיא "דעד כאן לא קאמר אלא בגג משופע שאין בו תשמיש כלל, אבל בגגין שיש בהם קצת תשמיש כגון הגגין הללו שבארץ ישראל לא קאמר", ומבואר שבגגין אלו שייך היזק ראייה עקב קצת תשמיש שיש בהם.

לכאורה היה מקום ללמוד את דין החצר בזמן הזה, המשמשת להשתמשויות מועטות, מדין גינה, אליבא דהסוברים שיש דין היזק ראייה בגינה.

ידועה מחלוקת הרמב"ם ושאר הראשונים אם יש היזק ראייה בגינה. הרמב"ם בהלכות שכנים פ"ב הט"ז כתב שאין לדון דין זה בגינה, וכמה ראשונים חלקו עליו. מחלוקתם הובאה בשו"ע סי' קנח ס"ג. בשו"ת מהר"ם גלאנטי סי' כז

את הנעשה בחצר, והטענה מתייחסת רק להיזק הראיה הנגרם מהעוברים והשבים בחלקה של התובעת.

היזק ראייה בחצרות הבתים בימינו

קיי"ל (שו"ע חו"מ סי' קנז ס"א) היזק ראייה שמייה היזק. יש לברר, האם הלכה זו מתייחסת דוקא לחצר שבה שימושי דירה רבים, וכפי מתכונת החצרות בזמן חכמי המשנה והגמרא, או אף בחצר שבה שימושי דירה מצומצמים, כגון בנידון שלפנינו.

אופי החצרות בזמן חז"ל מבואר ברש"י וברשב"א, שכתבו שבזמנם החצרות היו משמשים לשימושי דירה רבים, ורש"י אף כתב שרוב שימושי הדירה היו בחצר.

רש"י במסכת בבא בתרא דף ב. במשנה כתב - "כל חצירות ששנו חכמים לפני הבתים הן ורוב תשמישן בחצר". וכן במסכת שבת דף קל: כתב רש"י שהחצר תשמישה תדיר, וז"ל - "חצר אית ביה דירין. כלומר עשויה להשתמש בה תדיר". וזאת לעומת ה"רחבה", שאין תשמישה תדיר. במסכת עירובין דף ה. כתב רש"י - "כל חצר האמור בהש"ס ובמשנה אינו אלא לפני הבית, אבל שאחורי הבית, מוקצה או רחבה קרי ליה". ושם בדף ז. כתב רש"י - "סתם רחבה אין בה דירין לצאת ולבא, ואין תשמישה תדיר".

וכן הרשב"א בתשובה חלק ה' סי' רג, דן ביחס לחילוק שבין חצר ומבוי לענין לחי וקורה המתירים רק במבוי ולא בחצר, וכתב - "כל שהוא עשוי יותר לדירה, ולתשמישי הצנע, ולאכול בהם, צריך יותר מחיצות גמורות. ולפיכך החצרות של בעלי בתים, שדרכן להשתמש בהן יותר בתשמיש הצנע, ולאכול בהם, צריכות המחיצות יותר גמורות. וכן הדין במבואות, שאין בתים וחצרות פתוחות לתוכן, דיריהן מועטין, והם משתמשין בהם יותר, דאינן בושין כל כך לאכול ולהשתמש בהן. לפיכך, הרי הן כחצר". מצב החצרות היום אינו דומה למצבם בזמן חז"ל, והחזו"א עמד על הבחנה זו.

החזו"א חלק או"ח סי' צ' ס"ק כג כתב - "לדידן דלית לן מבוי הניתר בלחי, משום דאין חצרות פתוחות למבוי שלנו, דחצרות שלנו הן רחבות, ואע"ג דהן מוקפות לדירה ודינן כחצר לכל מילי, מ"מ לענין דין מבוי צריך חצר דוקא שיהא עיקר תשמיש הבית שם, כמו שהיה בימי חז"ל באופקים החמים, גם במבוי היה תשמיש דירה, ואינו כן במבואות שלנו".

והחזו"א בחלק או"ח סי' סה ס"ק נב כתב - "חצרות שלנו, אינם לדירה כחצירות שלהם, ולא הוו שלנו רק רחבות".

והחזו"א חלק יו"ד סי' קסח סק"ו כתב לענין חיוב מזוזה בחצר - "דברי מהרי"ל אינו אלא בחצר שלהם שהיו משתמשין בו בטחינה ובאפיה ובשטיחת פירי ושאר צרכים, ופעמים אוכלין וישנים כדרך החקלאים בימים ההם. אבל אצלנו אין החצרות רק לאויר ולכן כתבו הפוסקים שאין לנו דין מבוא שאין חצרות פתוחות לתוכן, וכ"כ מהרי"ל הובא

שבאר המאירי דף ב: דבגינה יש היזק ממון, ולא היזק ראייה גרידא, וכפי שהבאנו לעיל).

מכל האמור נראה, מש"כ רש"י שרוב תשמישן בחצר, היינו מאחר שרוב תשמישן בחצר וקיים נזק גדול בהפרעת השימוש בחצר, ראו חז"ל לתקן תקנת מחיצה למניעת היזק ראייה. אך תקנה זו שרירה וקיימת בכל חצר, כל עוד היא נמצאת בסמוך לפתח הבית ומשמשת לשימושי דירה מסויימים, שימושים צנועים המחיבים שמירת על פרטיות, ואין צורך לבחון בכל מקרה לגופו האם אכן בחצר זו רוב תשמישן בחצר, וכפי העולה מתשובת הרשב"א. וגם הגגות בהם נאמר דין היזק ראייה, הן בסמוך לדירה. משא"כ כשאין הבית פתוח לחצר, ואינה מקום דירה, אין בו דין היזק ראייה למרות שקיימות בו מעט השתמשויות.

וראייתי בספר משכן שלום עמ' שמ שכתב - "וראייתי מובא בשם הגר"ש אלישיב שליט"א שדעתו דגם בזמנינו יש לנהוג כתקנת חז"ל בעשיית מחיצה בין החצירות הפרטיות, שלא לעקור תקנתם". לפי האמור לעיל נראה, שעכ"פ ביחס לחצר המשמשת למעבר בלבד, לכניסה ויציאה, ואין רגילים בה בשימוש צנוע כלל, לא נאמרה הלכה זו של היזק ראייה. ואין לנו מקור לומר בזה "לא פלוג".

העולה מדברינו - חז"ל תיקנו לחייב מחיצה בחצר הסמוכה לבית דירה, משום היזק ראייה. התקנה הותקנה במציאות המגורים שהיתה מקובלת בזמן חכמי המשנה והתלמוד, שבה החצר שימשה לשימושי דירה רבים, וכתב רש"י שרוב תשמישן בחצר. אך תקנה זו שרירה וקיימת בכל מקום ובכל זמן בחצר הפתוחה לבית והמוקפת מחיצה המונעת מבני רשות הרבים לראות את הנעשה בחצר, ובלבד שהחצר עדיין משמשת לשימושי דירה מסויימים, אף שהן פחותים משימושי הדירה שהיו רגילים בהם בזמן חז"ל. על כן בנידון שבפנינו יש לדון דין היזק ראייה בחצר של הנתבע, ובוודאי שכן מאחר שזו חצר הנמצאת בעיר העתיקה בצפת, שהבתים והחצרות בנייים במתכונת הקרובה במידה רבה לסגנון המגורים בזמן חז"ל, על כן הנתבע רשאי לתבוע למנוע היזק זה.

חוקה בהיזק ראייה

שאלה נוספת הטעונה בירור במקרה הנוכחי היא, התובעת הוחזקה במצב הקודם מספר שנים, האם בטלה זכותו של הנתבע לטעון טענת היזק ראייה, ולכפות על התובעת מחיצה המפריעה לה. בלשון אחרת השאלה היא, האם מוטל על שני הצדדים להעמיד מחיצה על מנת למנוע היזק ראייה, או שחובה זו התבטלה לאחר שהתובעת הוחזקה במצב הנוכחי מספר שנים בלא מחאה.

מצינו מחלוקת גדולה בראשונים בשאלת חוקה בהיזק ראייה.

הנימוקי יוסף בריש פרק קמא דב"ב הביא מדברי הר"י דף בתשובה, שכתב שאין חוקה להיזק ראייה, וחז"ל הנמוקי יוסף -

כתב - "נמצינו למדין שמה שכתב הרמב"ם ז"ל שאין בגינה היזק ראייה, אינו מוסכם, וכל הגאונים חולקים עליו שיש היזק ראייה וצריך ארבע אמות".

דעת הרמב"ם הובאה בשו"ע כדעה עיקרית, ודעת החולקים בלשון י"א. לדעת הרמב"ם, אין לדון היזק ראייה בגינה, מפני שאינה משמשת כלל לשימושי דירה, ולפי דרכו, הטעם שכתבו הראשונים לדון בה דין היזק ראייה, שלא יראה קמת חבירו, אינו טעם מספיק לתקן תקנת מחיצה. וכמבואר בתשובת הרמב"ם שהביא המגדל עוז בה נכתב - "וכי לא שני לכו בין היזק ראייה שהוא היזק גדול ודאי שיראה אדם חברו בעת שהוא עומד ויושב ועושה צרכיו, ובין היזק ראייה שיראה קמת חבירו משום עינא בישא, שאלו דברים חסידות הם שלא יעיין בו ... ולעולם אין חוששין להיזק ראייה אלא משום בני אדם ובמקומות הקבועים לדירה כחצרות".

בשיטת החולקים על הרמב"ם, כתב המאירי ב"ב דף ב: - "גינה שאני שאין שם היזק ראייה לבד אלא היזק ממון מצד עין הרע, שהרי אף בשדה שאין שם היזק ראייה אסרו לעמוד עליה בשעה שעומדת בקומתה, והגינה מתוך שהפירות והירק מצויין בה תמיד, הרי היא כשדה העומדת בקומתה, וכן מצד שהיא קרובה לעיר ואדם עומד בה כל היום, הרי הוא כעומד עליה כשהיא בקומתה, ויש כאן היזק ממון. הא היזק ראייה בלא היזק ממון לא נאמר בגינה".

והנתיבות סי' קנח סק"א כתב - "בגינה אין הטעם משום היזק ראייה של תשמיש צנוע, רק משום עינא בישא", דהיינו למנוע שיוכל לראותה בעת שעומדת בקמותיה.

על כן אין להקיש מדין גינה לנידון חצר בזמן הזה.

ביחס לחצר, כתב הרמ"ה (יד רמה ב"ב ז.) - "אספלידא אכסדרא, ותרכינא מילואה של חצר ... השתא דלא מטייה למארי תרכינא בגויה מידי דחזי לדירה, לית ביה היזק ראייה, דכי אמרינן דהיזק ראייה בחצר שמיה היזק, בחצר דפתיחי לה בתים וכיוצא בהן דחזי לדירה, אבל חצר שאין בית וכיוצא"ב פתוח לתוכה, דלא חזיא לדירה, לית ביה היזק ראייה, דכקרפף בעלמא דמיה, ולא עדיפא מגגין שאין עשוין לדירה דלית להו היזק ראייה, ואמטול הכי לא חייבוה למארי אספלידא למיבנא בהדיא".

וכן הביא בחי' הריטב"א (ב"ב ז.) - "יש שפירשו אספלידא אכסדרא ותרכינא מילואה של חצר, דליכא משום היזק ראייה כיון שאין לזה בית פתוח לתרכינא שלו, כדכתיבנא לעיל בריש פירקין". וע"ע בש"ך סי' קנג סק"י במש"כ כעין זה בשם הב"ח.

נראה מהרמ"ה והריטב"א שאילו היה ביתו פתוח לאספלידא, היו דנים בו דין היזק ראייה, למרות שמשמש למעט השתמשויות. שאם הכל תלוי בטיב השימוש במקום, לא היה מקום לתלות עניין זה מפני העדר הפתח הפתוח מהבית לאספלידא. (ובגינה קיימת תקנת מחיצה אף שאינה פתוחה לבית, אליבא דהחולקים על הרמב"ם, ה"ט כמו

בתשמיש חצרי, אבל בעלמא אפשר דיש חזקה אף להיזק ראייה.

וכן כתב הרא"ש ב"ב פ"א סי' ב' בטעמו הראשון. טעם שלישי מבואר בספר יד רמה עמ"ס ב"ב (פרק א' סעיף כה), וז"ל - "אפילו עביד מעשה, כגון דהוה מעיקרא כותל ביניהן ופרצו בידיים וחזייה חבריה ושתק, ודיירי הכי כמה שני, מצי למדהדר ולמכפייא לסלוקי היזק ראייה, ולא דמי להיזקא דחלון דקא אמרינן בפרק חזקת הבתים דאית ליה חזקה, כדבעינן לפרושי התם. דאילו היזקא דחלון לאו היזק תדיר הוא, דכל היכא דלא מיכוין בעל חלון לעיוני מיניה לא מצי חזי, משום דאיכא מחיצות דמעכבי עליה, ואפשר דלא מעיין. אבל בחצר, אע"ג דלא מכוין לעיוני נמי לא סגי דלא חזי, דהא ליכא מחיצה כלל, וכולה חדא תשמישתא היא, הילכך הו"ל כקוטרא ובית הכסא דאידי ואידי היזק תדיר הוא והיזקא דמטי מיניה צערא לגופיה ... הלכך כקוטרא ובית הכסא דמי דלא קיימא להו חזקה". וכן כתב הרא"ש (שם) בהמשך דבריו - "לא דמי האי היזק להיזקא דחלון דהתם לאו היזק תדיר הוא שהחלון עשוי לאורה ולא להסתכל בו לחצר חבירו ואסור לו להסתכל במעשה חבירו, כדאמרינן גבי גינה. אבל חצר שמשתמש בכניסה ויציאה ואי אפשר שלא יסתכל בתשמיש חבירו, דמי האי היזקא לקוטרא ובית הכסא דאמרינן לקמן (דף כג א) דלית להו חזקה".

טעם רביעי מצינו ברמ"ה שם, וז"ל - "גבי חצר וכיוצא בה, דאע"ג דלא מיכוין דלא חזי, לא סגי דלא חזי, מעיקרא כי קא מחזקי באיסורא ודאי קא מחזיק, כדדרשינן בפרק חזקת הבתים מקרא דוירא את ישראל שוכן לשבטיו, מה ראה שאין פתחיהן מכוונין זה לזה, אלמא איסורא נמי איכא, ולית ליה חזקה, דאין חזקה לאיסורין ... וה"ה גבי שני גגין זה כנגד זה היכא דעביד חד מינייהו לדירה. אבל גבי חלון העשוי לאורה או למידחי מיניה מידי דלית ליה היזק ראייה כיון דיכול לאתהנויי בתשמישתה ודלא לאסתכולי ברשותה דחבריה, מעיקרא כי קא מחזיק ואמטול הכי קיימא ליה חזקה, דמצי אמר מימנענא ולא מסתכלנא. ודוקא דאחזיק אבל לענין דינא לכתחילה יכול למחות דאמר ליה ... דילמא לא מימנעת".

נחזור למקרה שבפנינו. יש לדון אליבא דכל אחת מהשיטות שהזכרנו, האם רשאי הנתבע לכפות על התובעת את הקמת המחיצה.

לפי שיטת הר"ף שלעולם אין חזקה להיזק ראייה, היה מקום לומר שכל אימת שהנתבע יבקש לעשות מחיצה, שומעין לו.

לכאורה, היה מקום לטעון שדברי הר"ף יאמרו דוקא בהיזק ראייה בחצר שבה רוב תשמישו, דומיא דחצר שהזכרנו במשנה ובגמ', ובוזה יש לנו לדמותו לקוטרא ובית הכסא, ולא בחצר שבה מעט השתמשויות. אף שהעלנו לעיל לדון בה דין היזק ראייה, עכ"פ לא דמי לקוטרא. אך זה אינו,

"אם איתא דהיזק ראייה שמיה היזק, לא מהני בה חזקה, דכיון דכל שעתא ושעתא מיתזק, הוי ליה כקוטרא וכבית הכסא דאין להם חזקה, וכדאיתא לקמן. וכתב הרמב"ן דכן נראה דלא מהניא חזקה אלא בנוקי ממון, אבל בדבר שהוא בעצמו ניזק בו לא".

ובחי' הר"ן ריש ב"ב (ב:) כתב שנראין דברי הר"ף "דהיזק ראייה למ"ד שמיה היזק לא מהניא ביה חזקה, דכיון דתדיר היזקיה והוא עצמו ניזוק בו הו"ל כקוטרא וכבית הכסא דאין להם חזקה, דלא מהניא חזקה אלא בנוקי ממון, אבל בדבר שהוא עצמו ניזוק לא".

לפי שיטה זו, בכל מקום שבו קיים היזק ראייה לא מהני חזקה. וה"ה בנידון שלפנינו, אע"פ שהתובעת הוחזקה להשתמש בחלקה, בלא מחיצה המפרידה בינה לבין חלקו של הנתבע, מ"מ אין חזקה להיזק ראייה, והנתבע רשאי לתבוע הקמת המחיצה עם כל הכרוך בכך, לרבות סיוע של הנתבעת בחיזוק המחיצה לכותל שבין החצרות.

אלא ששיטת הר"ף אינה מוסכמת, ויש מגדולי הראשונים ובראשם הר"י מגאש (חי' ב"ב דף ב:), הובא בשטמ"ק שדנו דין חזקה בהיזק ראייה, בתנאים מסויימים. והיה מקום לדון בנידון שלפנינו, על פי הטעמים שנאמרו בהלכה זו של חזקה בהיזק ראייה.

אותם ראשונים כתבו שיש חזקה בהיזק ראייה לחלון הפתוח לחצר חבירו, וכפי משמעות המשנה במסכת ב"ב נח: שלחלון צורי יש חזקה, וכן לדעת רבי ישמעאל ב"ר יוסי במסכת ב"ב דף מט: יש חזקה לחלון המזיק בהיזק ראייה, משא"כ בהיזק ראייה שבין שתי חצרות. וארבעה טעמים שונים נכתבו לחלק בין חזקת חלון הפתוח לחצר חבירו, דמהני חזקה, לחצר שלכו"ע לא מהני חזקה ולעולם יכול האחד לכפות את חברו לבנות מחיצה.

טעם ראשון כתב המגיד משנה בהלכות שכנים פ"ב הי"ד בדעת הרמב"ם - "דבבחד בדוקא שאין לו חזקה משום דממילא הן מוזיקין זה את זה בלא עשיית שום מעשה, ולפיכך אין להם חזקה בעמידתן כך אפילו עמדו כך שלש שנים או יותר, אבל אם עשו מעשה, כגון פותח חלונות על חצר חבירו, יש לו חזקה לדעתם ז"ל". וכן כתב הר"י מגאש המובא בשטמ"ק במסכת ב"ב דף ב: וז"ל - "שאני התם מדפתח ליה חלון ושתק ליה חבריה הויא חזקה, דהא מעשה קעביד בידיים, אבל גבי שותפים דדיירי בחצר אחת דחד מינייהו לא עביד מידי בידיים דאית ביה היזק ראייה, אלא מחמת דיתבי ולא עביד מחיצה הוא דהוי היזק, ליכא למימר בכי הא הוי חזקה, דהא ליכא מעשה דליחזיק ביה".

טעם שני כתב הראב"ד, וז"ל חי' הר"ן ב"ב ב: בשם הראב"ד - "אפילו אי מהניא חזקה להיזק ראייה ... לא מהניא חזקה אלא היכא שהאחד מוזיק והשני ניזוק, אבל כאן שכל אחד ואחד ניזוק אין להם חזקה. דחזקה מכח מחאה קא אתיא, ומצי כל חד מינייהו למימר לפיכך לא מחיתי בחברי כדי שלא ימחה גם חברי בי ונמצאתי צריך לבנות ולמעט

הגג משתמש בגגו, כדרכו ללא כוונה להזיק לחבירו שבחצר, נגרם לו נזק. משא"כ בנדון דידן שהאפשרות להזיק לנתבע מצומצמות מאד, ואינן בעת השימוש הרגיל ברחבה, שגם הוא לכשעצמו מצומצם מאד.

אמנם הנתיבות סיים דבריו שלסברת המחבר ליכא חזקה, ולדבריו ה"ה בני"ד, להלן נדון בנקודה זו.

כל האמור לעיל היינו אליבא דשיטת הרי"ף. אך אליבא דסברת החולקים על הרי"ף שדנו דין חזקה בהיזק ראייה, נראה שהנידון כאן תלוי בשיטות השונות.

לפי סברת הרי"ף מגאש והמ"מ, כאן לא נעשה מעשה, ואינו דומה לפתיחת חלון, ועל כן אין לתובעת חזקה, ודמי להיזק ראייה שבין גג לחצר שהסכימו קצות החשן ונתיבות המשפט בסי' קנד (שהובאו לעיל) דאליבא דסברא זו אין חזקה.

לסברת הראב"ד והרא"ש (בטעמו בראשון), כתבו קצות החשן והנתיבות שמאחר ורק בעל החצר ניוזק ולא בעל הגג, מהני חזקה. ואילו לסברת הרא"ש בטעמו השני, (הטעם השלישי שהובא לעיל), הבאנו שנחלקו הקצות והנתיבות האם היינו דוקא בהיזק שבין שתי חצרות ולא בהיזק שבין חצר לגג, או דלא שנא.

לטעם הרביעי של הרמ"ה, נראה שקשה לעולה במדרגות הסמוכות לחצר הנתבע להמנע מלהביט לחצר הנתבע, ויחשב כחזקה באיסור.

להלכה - בשו"ע סי' קמב ס"ג הביא בתחילה דעת י"א, שהיא שיטת הרי"ף דלא מהני כלל חזקה בהיזק ראייה, ורק אח"כ הביא דעת הרמב"ם החולק, יעוי"ש בביאור הגר"א אות ג' וכן בב"ח. אך בסי' קנד סעיף ז' השו"ע סתם כדעת הרי"ף מגאש ודלא כדעת הרי"ף, ועיי"ש ברמ"א שהכריע כדעת הסוברים שיש חזקה להיזק ראייה, עיי"ש בסמ"ע סק"ב. הבי"י בתשובת אבקת רוכל סי' קכ כתב - "אע"פ שמנוקים אלו הוא היזק ראייה ואין חזקה להיזק ראייה לדעת הרי"ף וכן הסכים הרשב"א בתשובה, וכתב שכן דעת הרמב"ן ... דעת הר"מ במז"ל שיש להיזק ראייה חילוק חזקה שהרי כתב בפ"ז מהלכות שכנים הרי שפתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל החצר כו' או שידע הניזק ולא ערער הרי זה החזיק בחלון ואינו יכול אח"כ לחזור ולערער עליו לשתום, וכן דעת רבו הרי"ף בן מיגאש וכן דעת הרא"ש. וכיון שהרמב"ם הוא רב מובהק ומפיו אנו חיים בכל הגלילות האלה, עבדינן עובדא כוותיה. וכ"ש במקום שהרב נ' מיגאש והרא"ש מסכימים לדבריו."

ונראה כי מתשובה זו גילוי דעת לפרש דעתו בשו"ע להכריע כרמב"ם והרא"ש, ודלא כהרי"ף בתשובה, ובהתאם לשיטתו הידועה לפסוק כרמב"ם והרא"ש נגד הרי"ף, וכן בב"י בבדק הבית סי' קנד, דנקטינן להלכה שיש חזקה להיזק ראייה.

המבי"ט ח"א סי' צו כתב - "לדעת הרמב"ם ז"ל יש חזקה להיזק ראייה כמו שכתב מ"מ פרק ב' ופרק ז' בהלכות שכנים,

שהרי הרשב"א בתשובה ח"ג סי' קפ (הובא לעיל), דן במקרה שבו - "יש לו גן בביתו, ופעמים הנשים עושות שם מלאכתן, וכן אוכלין שם בקיץ לרוח היום", ואפ"ה כתב שאליבא דשיטת הרי"ף לא מהני חזקה בהיזק ראייה זה, אף שהניזק אינו משתמש בחצר זו את רוב תשמישו.

ונראה דהיינו עפ"י מש"כ בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' צב "עיקר דין זה תלוי בעמודי עולם. כי הרי"ף ז"ל כתב בתשובה, בהיזק ראייה אין לו חזקה, דכקוטרא וכבית הכסא דמי, דנזקי גופו לא מחיל איניש". וכ"כ הנמוקי יוסף ריש ב"ב בשם הרמב"ן "דלא מהניא חזקה אלא בנזקי ממון, אבל בדבר שהוא בעצמו נזק בו לא", וכן בחי' הרי"ף (שהובא לעיל).

ועל כן כל אימת שחברו ניוזק בגופו, אינו מוחל, ואין חזקה להיזק הראייה, ואין חילוק בין נזק קשה יותר לנזק קל, אלא החילוק הוא בין נזק בגופו לנזק בממונו.

נראה שלפי שיטה זו, בנידון שלפנינו יש לחלק בין המחיצה הנמצאת בסמוך למדרגות, ובין המחיצה הנמצאת בסמוך לרחבה העליונה (בגבול שבין הרחבה של התובעת והחצר של הנתבע הנמצאת במפלס הנמוך). אמנם ביחס למדרגות, מצוי שיעברו שם תדיר כל אימת שאדם נכנס ויוצא מביתה של התובעת, ובכל עת של כניסה ויציאה, מיד נגרם נזק לנתבע, ויחשב כהיזק תדיר. משא"כ ביחס להיזק הבא מצד הרחבה העליונה. ברחבה זו אין שימוש תדיר, וההיזק יוכל להגרם רק אם האדם העומד בקצה הרחבה העליונה יעמוד בסמוך למעקה על מנת להביט למטה לתוך לחצרו של הנתבע. אך בדרך השימוש הרגיל בשטח זה לא ניתן לראות דבר בחצר הנתבע ולא יגרם היזק. על כן אם הוחזקה התובעת המצב הנוכחי, לא ניתן לכפותה לעשות מחיצה. והיינו מפני שהמזיק, האדם המתגורר בדירת התובעת, לא קבע את השתמשותו בקצה הרחבה בסמוכה לחצר הנתבע, בדרך המזיקה. וזאת עפ"י מש"כ הנתיבות סי' קנד סק"ב יב - "אפשר לומר דגג דלא קביע תשמישתיה לא דמי לקוטרא".

אמנם סברת הנתיבות, שמאחר ולא קביע תשמישתיה לא דמי לקוטרא, מתייחסת לטעמו השני של הרא"ש (הטעם השלישי דלעיל), אך ודאי יכולה להאמר גם בשיטת הרי"ף. וכן בנמוקי יוסף בפרק חזקת הבתים (דף לא: בדפי הרי"ף, הובא בב"י סי' קנג) כתב - "אע"ג דפסק הרי"ף והרבה מגדולי האחרונים דהיזק ראייה אין לו חזקה, היינו מחלון לחצר דקביע תשמישו, אבל מגג לחצר וכל שכן בתשמיש כזה מהני חזקה".

ונראה שדברי הקצות שם סק"ב שלא נחית לסברת הנתיבות ודן היזק שבין גג לחצר כקוטרא, אינם סותרים דברינו. הקצות כיוון לדברי הרמב"ן בחי' ב"ב נט. (ד"ה הא), שכתב להדיא דלא כנמוקי יוסף, ודן לשלול חזקה גם בין גג לחצר דהוי כקוטרא, אליבא דשיטת הרי"ף. אך היינו בגג, שאמנם קיימות בו מעט השתמשויות, אך כל אימת שבעל

הנתיבות סי' קנד ס"ק יב - "להטעם שכתב המחבר, כיון דממילא, אפילו בין גג לחצר לא הוי חזקה".

אך בספר דברי משפט סי' קנד ס"ק א כתב - "י"ל דהמחבר סובר נמי סברת הסמ"ע ס"ק כג, משום הכי בחצר השותפין אין להם חזקה ויכולין לכופף זה את זה לעשות מחיצה, היינו כיון דשניהן מוזיקין זה את זה בהיזוק ראייה, ומשום הכי יכול כל אחד לומר לא חששתי למחות אולי יתבע חברי ... אבל אם היו שני בתים זה כנגד זה, וכל אחד פתח חלון בבית שלו, יש בהם חזקה, אף דשניהם מוזיקים זה את זה, מ"מ כיון דעשו מעשה יש להם חזקה. ושני טעמים יש בחצר השותפין דאין להם חזקה, משום דלא עשו מעשה, וגם כיון דשניהם מוזיקים זה את זה היה כל אחד סובר לא חששתי למחות אולי יתבע חברי, כסברת הסמ"ע ס"ק כג. אבל אם היו שני בתים זה כנגד זה וכל אחד פתח חלון בבית שלו, יש להם חזקה אף דשניהם מוזיקין זה את זה בהיזוק ראייה, מ"מ כיון דעשו מעשה ופתחו חלון יש להם חזקה. וגם אם פתח חלון לחורבת חבריו, ואח"כ בנה חבריו החורבה ולא עשה מעשה לסתום החלון, והיה חלון פתוח ג' שנים, יש לבעל החלון חזקה, אף דלא עשה בעל החלון מעשה אחר דבנה החורבה, כיון דהיה החלון פתוח מכבר קודם דבנה החורבה, ואז לא היה היזוק ראייה, מ"מ יש לבעל חלון חזקה ואינו דומה לחצר השותפין דאין להם חזקה כיון דשניהם מוזיקים זה את זה, היה כל אחד סובר לא חששתי למחות אולי יתבע חברי. אבל בחלון דבעל החלון מוזיק לבעל החצר בהיזוק ראייה אבל בעל החצר אינו מוזיק לבעל החלון ... יש לבעל החלון חזקה אף דבעל החלון לא עשה מעשה אחר דבנתה החורבה, מ"מ אינו דומה לחצר השותפין דאין להם חזקה ומטעם שכתבתי".

וכן כתב בשו"ת תשורת שי ח"א סי' רס (בהוצאות אחרות סי' רנט) שהמחבר בשו"ע הרכיב את שני הטעמים, טעם דממילא, וכן טעם דשניהם מוזיקים זה לזה. על כן פסק שם לדון חזקה היזוק ראייה במקרה שבו אחד מוזיק לשני ולא עשה מעשה, ומנע מהשני לבנות כותל שיאפיל על החלון הפתוח לחצר.

והנה בגוף דברי הר"י מגאש, אמנם בשטמ"ק הביא רק טעם אחד (וכפי שהובא לעיל), אך עיין בחי' הר"י מגאש עמ"ס ב"ב דף ב: שהביא את שתי הטעמים. בתחילה כתב הטעם - "שאני התם די ש לומר דבעל חלון מוזיק לבעל חצר, אבל בעל חצר אינו מוזיק לבעל חלון, וזה פתח חלונו ושתק, ש"מ אחולי אחיל ליה. אבל בחצר דתרווייהו מוזיק אהודי, וההיזוק של ראייה שוה לשניהם, יכול לומר הא דשתקי ג' שנים לאו משום מחילה אלא משום דתרוינין שוין בהיזוק, והוה אמינא היום או למחר תרצה לעשות מחיצה, אבל לא מחלתי". ואח"כ הוסיף את הטעם לחלק בין עשה מעשה ללא עשה מעשה, וכפי שהובא לעיל מתוך דברי השטמ"ק. הרי שגם הר"י מגאש מסכים לטעם זה, שאם אחד מוזיק לשני והשני אינו מוזיק לראשון, ולא מחה בו, הוי חזקה, ובזה

וכדבריו אנו נוהגים בגלילות אלו. ודוקא בחצר הוא דאין לו חזקה משום דממילא מוזיקין זה את זה בלא עשויות שום מעשה ולפיכך אינה חזקה אפילו אחר ג' שנים, אבל עושה מעשה כגון פותח חלון על חצר חבריו יש לו חזקה".

וכן מהרשד"ם חלק חו"מ סי' רמב ומהרש"ך ח"ב סי' צח כתבו שנהגו בעירם שאלוניקי לפטוק כדעת הסוברים שיש חזקה להיזוק ראייה. ובשו"ת בית דוד (להג"ר יוסף דוד ז"ל משאלוניקי) חו"מ סי' עג הביא מדברי מהרשד"ם ומהרש"ך, וכתב על דבריהם - "מנא להו ז"ל, שהוא משום מנהג, דכיון דאיכא קים לי לבעל החלון, מן הדין הוא לומר שאינו חייב לסתום, ואימא דמשום הכי היו דנין קדמונינו לזכות לבעל החלון ולא משום מנהג, דמאן מוכח. ואין לומר שנתועדו הקדמונים יחד ועשו הסכמה זו, דלא משמע כן מדבריהם ז"ל ... ונראה לומר דהמנהג שכתבו ז"ל אינו לענין שלא יחויב בעל החלון לסתום, דלהא לא צריך מנהג, אלא המנהג הוא שלא יוכל בעל החצר לבנות ולהאפיל, דבהא אם לא היה מנהג, היה יכול להאפיל, משום דבהא בעל החצר מוחזק שעושה בשלו ויש לו קים לי שיכול לומר קים לי כמ"ד דהיזוק ראייה אין לו חזקה לעולם וכמ"ש מוהריב"ל ז"ל ספר א' סי' לט, אתא המנהג שלא יוכל לומר קים לי. והכי משמע ממהרשד"ם שם שכתב ז"ל ואנו בשאלוניקי נהגו קדמונינו והחזיקו בסברת הרא"ש ז"ל ע"כ, אם כן המנהג כהרא"ש לגמרי, דלהרא"ש אם בא להאפיל אינו יכול כיון דלדידיה יש לו חזקה".

למעשה במקרה שלפנינו, אליבא דהכרעת השו"ע הנוכרת, ובנוסף להמבואר בתשובת אבקות רוכל ובתשובת המבי"ט המעיד שכן המנהג בגלילות אלו, דהיינו בצפת והגליל, יש חזקה להיזוק ראייה, וכיון שכן לא יוכל לטעון טענת קים לי כדעת הרי"ף וסייעתו, וכמבואר בתשובת בית דוד. וכן ראיתי מביאים מתשובת שי למורא (למהר"ש יונה ז"ל) סי' לו שלא יוכל לטעון קים לי כשיטת הרי"ף.

לעיל הבאנו כמה טעמים שנאמרו בראשונים בביאור דין חזקה להיזוק ראייה.

והנה השו"ע סי' קנד ס"ח כתב - "בד"א שיש חזקה להיזוק ראייה, בעושה מעשה, כגון פותח חלון על חצר חבריו. אבל חצר השותפים, אע"פ שעמדו שנים רבות בלא מחיצה, כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מוזיקים זה את זה בראיה, אין להם חזקה וכופים זה את זה לעשות מחיצה", עכ"ל. הרי שמתוך ארבעת הטעמים הנזכרים בשיטת החולקים על תשובת הרי"ף, השו"ע נקט להלכה כטעם הראשון של הר"י מגאש והמ"מ. ועיין בסמ"ע בסי' קנד ס"ק כג ובסי' קנז ס"ק ג שהביא את דברי הרא"ש, דהיינו שני הטעמים שהובאו ברא"ש (הטעם השני והשלישי שהבאנו לעיל).

לכאורה, היה מקום לומר בדעת השו"ע, אם נעשה ההיזוק ממילא, בלא מעשה של פתיחת חלון וכיוצא"ב, אין חזקה להיזוק, אף אם רק אחד מוזיק את השני. וכן כתב

ראיה לא שנינו. וזה מבואר במשנה פרק לא יחפור - החלונות מלמעלן ומלמטן וכנגדן ארבע אמות, ומבואר שם בגמרא שיכול השכן לבנות משני צדי החלון ובלבד שיניח ארבע אמות בין כותלי הבנין, גם יכול לבנות מכנגד ובלבד שירחיק ארבע אמות כדי שלא יאפיל, וכתבו הרמב"ם ז"ל פרק ז' מהלכות שכנים, גם כל הפוסקים ... ועם כן זה מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה ... הוא מבואר שאף על פי שמונע שמעון ההבטה לראובן, יכול לבנות ולהגביה בנינו.

הרב השואל בתשובת מהרלב"ח טען להוכיח שיש לקבל את טענת התובע שהנתבע מסתיר את הנוף, משיטת ר"ת במסכת בבא בתרא, ולהבהרת הדברים נביא את לשון הגמרא ואת דברי התוספות בשם ר"ת.

בגמרא בדף ז. נאמרו שתי סוגיות. בתחילה הגמ' קובעת שלא ניתן לבנות כותל בסמוך לחלון חבירו המאפיל על החלון. ומיד לאחר מכן נאמרה הלכה הדנה בשני אחים שחלקו. וז"ל הגמ' - "הנהו בי תרי אחי דפלגי בהדי הדדי, חד מטייה אספלידא (פרש"י - טרקלין יפה). וחד מטייה תרביצא (פרש"י - גינה שבצד הטרקלין שהיתה מאירה לתוכו), אזל ההוא דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא. א"ל קא מאפלת עלי, א"ל בדידי קא בנינא. אמר רב חמא בדין קאמר ליה. א"ל רבינא לרב אשי, מאי שנא מהא דתניא שני אחין שחלקו, אחד מהן נטל שדה כרם ואחד מהן נטל שדה לבן יש לו לבעל הכרם ד' אמות בשדה לבן, שעל מנת כן חלקו. א"ל התם דעלו להדדי (פרש"י - שנתן בעל הכרם לבעל השדה לבן דמים של עליו הכרם הילכך כרם בעי למשקל עם עבודתו), אבל הכא מאי, דלא עלו להדדי, וכי בשופטני עסקינן, דהאי שקיל אספלידא והאי שקיל תרביצא ולא עלו להדדי. א"ל נהי דעלו להדדי דמי ליבני כשורי והודרי, דמי אוירא לא עלו להדדי ... מי דמי התם מצי אמר ליה מוכר ללוקח שמא זביני לך, הכא מצי א"ל אדעתא דהכי פלגי, דדאירנא ביה כי היכי דדרו אבהתן. אמרו ליה מר ינוקא ומר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי נהרדעי לטעמייהו (פרש"י רב חמא דמן נהרדעא הוא דלא ס"ל הא דאידור בה כדרו אבהתי ולשם כך חילקנו אזיל לטעמייהו דנהרדעי דאמר שמואל דהוא מנהרדעא). דאמר ר"נ אמר שמואל האחין שחלקו אין להן לא דרך זה על זה, ולא חלונות זה על זה, ולא סולמות זה על זה, ולא אמת המים זה על זה, והזהרו בהן שהלכות קבועות הן, ורבא אמר יש להן". ומבואר ברש"י (ד"ה בדנפשא) שבעל התביצא היה רשאי לבנות מאחר שרק לאחרונה חילקו הירושה ביניהם, לאחיו לא היתה חוקת אורה של שלש שנים. ומבואר שאם היתה לו חוקת אורה, אחיו היה מנוע מלבנות ולמנוע ממנו את האור. וכל זה בשני אחים, דנקטינן כנהרדעי, משא"כ בשני שכנים בעלמא, לעולם אינו רשאי להאפיל עליו.

וכתבו שם התוספות (ד"ה א"ל) - אמר ליה בדידי קבנינא - פירש הקונטרס אתה אין לך עלי חוקת אורה של שלש שנים, ותימה שהיה יכול להאפילו עליו שלא יהא לו

אין ג"מ בין היזק דממילא להיזק שעל ידי מעשה. על כן למרות שהמ"מ והשו"ע הזכירו את הטעם השני בלבד, אין בכך לשלול את הטעם הראשון, כפי שהר"י מגאש גופיה שהוא בעל סברא זו לא שלל את הטעם הנוסף ואף כתבו ראשון.

כיון שכן בנד"ד, לא היה הנתבע רשאי לכפות על התובעת להעמיד מחיצה ביניהם, אפילו מול המדרגות המובילות לקומה השניה. והעמדת החיזוקים למחיצה שנעשו בכותל שבין שניהם, השייך לתובעת (בשותפות עם הנתבע או באופן בלעדי), נעשו שלא כדין.

העולה מדברינו שהנתבע אינו רשאי להעמיד את המחיצה בתוך שטח התובעת או להעזר בכותל השייך לה בהעמדת המחיצה. אבל אם ירצה להעמיד את המחיצה בחלקו בלבד, רשאי, בין בצד דרום ובין בצד מערב בסמוך לגגו.

התובעת לא תוכל לחייב את הנתבע להמנע מהגבהת המחיצה, מעל שיעור ד' אמות הנחוץ למניעת היזק ראייה, וכפי שיבואר להלן.

הריב"ש סי' רפט כתב - "שאלת, באחד מן השותפין, שרוצה להגביה הכותל המשותף ביניהם, להוצאתו יתר על ארבע אמות, אם יכול חברו לעכב בידו ולומר קא מאפלת חצרי, אם לא. תשובה, פשוט הוא שאינו יכול לעכב, שלא אמרו (ב"ב כ"ב:): להרחיק כנגדן שלא יאפיל, אלא בחלונות, שהאורה הנכנסת בבית מן החלונות, נכנסת מכנגדן. וכל שהחזיק בחלון, זכה באויר קרקעו של חברו, שיצטרך להרחיק ד' אמות, אם בא לבנות כנגדו, כדי שלא יאפיל. וזו היא ששנינו החלונות, מלמעלן ומלמטן ומכנגדן, ד' אמות. אבל בחצר, שהוא מגולה, והאורה נכנסת בה מלמעלה, ולא מכנגדה, לא שמענו בה שלא יאפיל ... אע"פ שבכל חצר יש יותר אורה כשהכותל המפסיק הוא נמוך".

וכן פסק השו"ע סי' קנד סעיף כו. לכן לא ניתן למנוע מהנתבע הגבהת המחיצה בטענה שהגבהה זו מצמצמת את האור או האויר ברחבה של התובעת.

טענת מניעת האפשרות לראות את הנוף

במקרה שבפנינו, התובעת טוענת שבניית המחיצה גרמה להסתרת הנוף שהיה נשקף מדירתה ומהרחבה הסמוכה אליה.

עייין בפתחי תשובה סי' קנד סק"ח שהביא מתשובת מהרלב"ח הדין בשאלה זו.

המהרלב"ח בסי' מד נשאל "האם יוכל אדם לבנות כנגד חלון של חבירו בר"ה בנין חדש".

מהרלב"ח בתשובתו כתב - "מה שטען שהגדר ההוא מונע ממנו ההבטה לאורך השוק אינה טענה כלל. שאם היה בשתי חצרות סמוכים, פשיטא שיכול שמעון לבנות בתוך חצרו ולהגביה הבנין כמו שירצה ואין ראובן מוחה בידו לומר שמונע ממנו ההבטה, דהיזק ראייה שנינו, היזק מניעת

חלון להכי קאי, דאז הזיקו גדול ומצי מעכב עליה האיך. אמנם מניעת הבטתו למקום רחוק ולא יהיה לשדותיו הוא, ביד בעל החלון ויכול לסתום על חברו. והכי משמע ודאי דהיא סברת רבינו תם מתרי טעמי, חדא דהוא דייק בלשונו שהיה רואה שדותיו הרחוקים. ולמאי דסלקא דעתך לא הוה ליה למימר אלא שמונע ממנו ההבטה למרחוק, כי כל האנשים משתעשעים בהבטה למרחוק. אלא ודאי משמע, דההבטה דמרחוק כשלא יביט לשדותיו, לא מעלה ולא מוריד. עוד טעם אחר לשזאת היא סברת רבינו תם, דהשתא הוי דומיא דאין להם דרך זה על זה ולא אמת המים. וכן בדרך החלון הולך ראות הבטתו לשדהו. זה נראה לי נכון והאמיתי בדברי רבינו תם. ואם כן אין ראייה מכאן כלל למה שאמרת, ואפילו למי שלא יודה לדברי, ויאמר שיש מכאן ראייה לדבריך לדעת רבינו תם, אומר שאין לנו להניח דברי כל הפוסקים בשביל סברת רבינו תם. ומה שכתבת שדעת הרב רבינו משה בר מיימוני זכרונו לברכה היא כדברי רבינו תם, אינו כן. ואם היית רואה דבריו בסוף פרק ז' מהלכות שכנים כי שם העתיק הרב הדין של אותו מעשה דהנהו תרי אחי וכו', לא היית כותב מה שכתבת.

העולה מדברינו שדעת מהרלב"ח שאין למנוע מבניית כותל המסתיר את הנוף, וזאת משלשה טעמים.

א. היסוד למנוע בניית כותל המסתיר את הנוף, הוא מדברי ר"ת. וניתן לפרש את הסוגיא אליבא דר"ת, דלא מיבעיא בשני שכנים בעלמא שלא ניתן למנוע בניה כזו, דלא מצינו היזק מסוג כזה של הסתרת נוף כל עוד השכן בונה בתוך שלו. אלא היתה הו"א שבשני אחים שחלקו, שנמנע בניה כזו, מטעם שיכול לטעון שרוצה לדור כפי שדר אביו, קמ"ל שאין מקום לטענה זו, מפני דקיי"ל כנהרדעי.

ב. ר"ת לא איירי בטענת הסתרת הנוף. אלא בטענה של מניעת ההבטה על שדותיו הסמוכים לצורך פיקוח על הנעשה שם. ובזה הזיקו גדול, ורק בשני אחים שעדיין בעל האכסדרה לא החזיק שלש שנים בכך, יוכל אחיו לבנות, משא"כ בשני שכנים בעלמא, אינו רשאי בכך. משא"כ בהיזק של הסתרת הנוף, שאינו נזק גדול.

ג. דעת ר"ת אינה מוסכמת על שאר הראשונים, ואין לנו להניח דברי כל הפוסקים בשביל סברת רבינו תם.

בספר תומת ישרים סי' קנט דעתו כדעת המהרלב"ח (בטעם השני). הנידון בתשובת תומת ישרים - "על אודות שני שכנים שהיה רשות הרבים לפני ביתו של אחד מהם והיה ביתו נמוך, והאחר היה ביתו רואה את רשות הרבים. לימים זה שביתו נמוך ורשות הרבים לפניו, בנה עליה ומנע משכנו ראית רשות הרבים, אבל אינו מאפיל עליו".

התומת ישרים הביא את דברי ר"ת, שמשמעות דבריו שיש מקום למנוע בנייה כזו המסתירה את הנוף לשכנו. אך מסקנתו היא - "כד מעיינת שפיר, אפילו לר"ת ... ההיא איספלידא שרואה פועלים העושים בשדותיו משם ומרתתי דהוי כעומד עליהם, הוא אפשר לומר דיכול לעכב עליו

בטרקלין אורה כלל, ועוד דמאי קאמר באוירא לא עלו אהדי פשיטא דעלו נמי באוירא דבית בלא אורה אינו שוה כלום. ומפרש ר"ת שמאספלידא היה יכול לראות לשדותיו דרך התרביצא ודקאמר מאפלת עילווי, היינו שהיה מעכבו שלא היה יכול לראות שדותיו, וקרי לה נמי אידרונא שלא היה יכול להביט למרחוק, וכן מפרש ההוא דלקמן אין להם חלונות זה על זה".

והנה בתשובת מהרלב"ח, כתב הרב השואל להסתמך על שיטת ר"ת כסיוע לדעתו, שיש למנוע מלבנות.

הרב השואל לא באר היטב כוונתו, ומהרלב"ח בטרם דחה דברי הרב השואל, באר כוונתו.

ח"ל מהרלב"ח - "גם הראיה שהבאת מדברי רבינו תם נראה דאינה ראייה כלל. וזה כי אופן ראייתך מדבריו ז"ל נראה שהוא בזה הדרך, שכיון שרבינו תם ז"ל סובר דהנהו תרי אחי פלוגתיהו הוא על ההבטה למרחוק וראיית שדותיו, ומאה מסקינן דלא מצי למימר אידור כדדיירי אבהתי, משמע דאי הווי אחריני היה הדין עם אותו שאומר קא מאפלת עלי. דכי היכי דלדעת רש"י ושאר המפרשים ז"ל דפליגי באורה עצמה מסקינן דדינא קאמר ליה האחר ולא מצי למימר ליה הא קא מאפלת עלי, משא"כ בשאר גברי דעלמא דמצי מעכב עליה ולמימר ליה קא מאפלת עלי, הכי נמי לדעת רבינו תם. ואם כן דוקא הכא לית ליה דינא להאי במאי דקאמר קא מאפלת עלי, רוצה לומר שמונע ממנו ההבטה לשדותיו, הא בשאר גברי שכני לא. זהו הדרך שאני מבין באופן ראייתך.

ואינה ראייה כלל, דממקום שהקשה רבינו תם על פירוש רש"י שהוא ממשנת החלונות וכו' משם בעצמו קשה לו, שהרי נראה משם מבואר שיכול להגביה השכן בניינו כל כמה שירצה, אף על פי שמונע ההבטה למרחוק לשכנו כמו שכתבתי. ולכן נראה לומר שלדעת רבינו תם דין האחים שחלקו שוה לשני שכנים אחרים, וכמו שבאחרים אין לו דין למי שהיה מביט למרחוק במאי דקאמר קא מעכבת עלי ההבטה למרחוק, הכי נמי בשני אחים דהוה סליק אדעתין למימר דמטעמא דקאמר דיירנא כדדיירו אבהתי לא הוה מצי לעכב עליה אחורי ההבטה למרחוק, קמשמע לן דלא אלא דמצי לעכב עליה ההבטה למרחוק. ומאי דקאמר שמואל האחין שחלקו אין להם חלונות, לאו למידק מינה הא אחריני אית להו חזקת חלונות להבטה למרחוק. דהוא הדין אחריני נמי לית להו חזקת חלונות להא מילתא, והיא גופא קמשמע לן דאפילו אחי לית להו האי חזקה ולא מצו למימר דיירנא וכו', זה נראה מוכרח לומר לדעת רבינו תם מכח משנת החלונות וכו'.

ולפי שהוא דוחק, נראה לי עוד לומר והוא האמת, דדוקא בתרי אחי דפלוג איכא למימר דינא קאמר ליה ולא באחריני, דבאחריני מצי לעכב עליה האיך שלא יסתום החלון, בשמונע ממנו ההבטה למרחוק, אבל דוקא הוא כשמונע ממנו ההבטה לשדותיו או דבר שלו, ומוכחא מילתא דהאי

נפתח במש"כ הרא"ש בתשובה (כלל ה' סי' ג') ביחס לטענה כזו - "שאלה. ראובן יש לו מקום מושב בבית הכנסת סמוך למקום מושבו של שמעון. וראובן הנזכר רוצה לעשות מחיצה, בין מקומו למקום שמעון, ושמעון מעכב עליו, שהוא אומר כי עתה הוא ראשון, וכשיהיה שם מחיצה לא יהיה ראשון, ונמצא שהוא מפסידו. וראובן אומר שאינו יכול לעכבו, לפי שבידו הוא להשביח מקומו ולעשות בשלו מחיצה, כי לא נשתעבד לו לכך. תשובה. יראה לפי דעתי שהדין עם ראובן ... ועוד, דאפילו שותפות אין כאן, דראובן אין לו כח להשתמש בחלק שמעון ולא שמעון בחלק ראובן, אלא שכנים הם, וכל חד וחד בדידיה קא בנה. אמנם ראובן יעמיד כל המחיצה בחלקו, כי אין לו כח למעט חלק שמעון, כיון דמן הדין אינו יכול לכופו לחלוק ... ועוד, אפילו לא יהיה מנהג לחלוק מקומות, וגם שמעון נפסד בחלק המחיצות, שאם היה בא למכור מקומו יפחתו דמיו מחמת שאינו ראשון כאשר היה בתחלה, נראה לי שבשביל הפסד זה לא ימנע ראובן זה מלחלוק. שכל ההרחקות השנויות בבבא בתרא (פרק לא יחפור), היינו דוקא היכא דדבר הנסמך מזיק לשכנו בגוף ממונו. כגון הסומך בורו לשדה חבירו, שהוא מזיקו להרחיק כשיבוא לסמוך בור, גם הוא אומר כל מרא ומרא מרעית לי לארעאי (שם דף י"ז:), וכן כל ההרחקות דלא יחפור, או שמאפיל עליו, או מחמת הריח, או פסקת לחיותאי. אבל אדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו, ואינו מזיק לגוף ממונו חבירו, אלא שמפחיתו מדמיו, כי האי גונא לא הצריכו חכמים להרחיק. כההיא דפרק לא יחפור (דף כ"א:), עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו, ומרחץ בצד מרחץ של חבירו, ואינו יכול למחות בידו, מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי. ואע"פ שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתים, שיותר היה נמכר ביוקר כשלא היה במבוי אלא חנות אחת, אף על פי כן אינו יכול למחות בידו. ואע"ג דקאמר תנאי היא, ורבן שמעון בן גמליאל פליג, דאמר אף לשכנו כופהו, היינו משום שיורד לאומנותו ופוסק חיותו, אבל משום דדמי חנותו נפחתים, לא פליג. אמנם, אם נהגו במדינות הללו, כשמוכרים מקומות בבית הכנסת, שמוכרים מושב הראש ביוקר והשני בפחות, וכן כלם נפחתים לפי התרחקם ממושב הראש. אם עתה בחלוק מחיצה יפסיד מקום מושב הראש חשיבתו, לא יוכל ראובן לחלק, כי אדעתא דהכי קנה מקומו בפחות מדאי מושב הראש, שאם יוכל לעשות מקומו ראש, למה נפחת דמי מקומו. ושלום, אשר בן ה"ר יחיאל ז"ל."

הרי מבואר בדברי הרא"ש שאם אדם עושה בתוך שלו ואינו מזיק את חבירו, אלא שעל ידי כך רכשו של חבירו פוחת, אין מקום לטעון לפיצוי עקב כך. אלא רק אם מלכתחילה מכרו את המקומות בבית הכנסת במחיר מסויים מתוך הנחה שהמחיר נקבע בהתאם למיקום של כל מקום, אם האחד עושה מעשה שיש בו משום שינוי הסדר, הרי

דאיכא דררא דממונא, אבל בנידון דידן שמונעו מלראות רשות הרבים אין בכך כלום."

אבל המבי"ט בתשובה כתב להיפך מתשובת הרלב"ח והתומת ישרים.

ח"ל המבי"ט ח"א סי' שכג - "בפרק השותפין גבי הנהו תרי אחי דפלגי חד מטייא אספלידא וכו' אצל ההוא דמטייא תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא א"ל קא מאפלת עלי וכו' ופי' ר"ת שמהאספלידא היה יכול לראות לשדותיו דרך התרביצא וקאמר מאפילת עלי היינו שהיה מעכבו שלא היה יכול לראות לשדותיו. וכן בפרק ההיא דלקמן דאין להם חלונות וכו' והביא במרדכי פרק השותפין פירוש ר"ת וכתב ומסקינן דלא מצי למימר אדור כדדיירי אבהתי ועוד ראייה לפי' ר"ת דאי כפירוש רש"י וכו', וכתב וכן באחין שחלקו אין להם חלונות כו' דמפרש ר"ת היינו דלא מצי למימר אדור כו' להביט מרחוק אבל וכו'. ומשמע לפירושו דהכא גבי אחי הוא דלא מצי למימר, אבל בעלמא יכול לטעון קא מאפלת עלי כפי' ר"ת. ואפילו לפי' רש"י ז"ל היינו משום דלישנא דקא מאפילת עלי לא משמע כפי' ר"ת, אבל היכא דמפסיק במחיצה ומונע אותו מלהביט למרחוק נראה דמצי לטעון. נאם המבי"ט."

ובשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' שעו כתב - "ומה ששאל באחד שהעמיד פירלייב (פרוזדור) או פאציניע (מרפסת בכניסה לבית) לפני פתחו לצד רה"ר. והשני טוען שמוזיק לו היוק ראייה שאינו יכול להסתכל בעומד על פתחו להלאה. והביא מדברי כנה"ג בשם רלנ"ח שהובא בפת"ש סי' קנ"ד סק"ח. הנה בתשובת מבי"ט ח"א סי' שכ"ג מבואר להיפוך, אבל גם בתשובת תומת ישרים סי' קנ"ט פסק כהרלנ"ח. א"כ אם כבר עשה, בודאי יוכל לומר קים לי. אבל מ"מ היכא דהשני יש לו חנות שמתפרנס ממנו נראה דלכו"ע יוכל למחות בו שמוזיקו במניעת ביאת הקונים אליו, ע"י שלא נראה פתח חנותו מרחוק."

אך יתכן לנטות מדברי מהרש"ם והיה מקום לומר שאין הכרח בתשובת המבי"ט דאיירי בהסתרת הנוף, ופליג על מהרלב"ח ותומת ישרים, ויתכן שדבריו נאמרו ביחס למניעת ראיית שדותיו לפיקוח על הפועלים בלבד, וכפירוש מהרלב"ח ותומת ישרים בדעת ר"ת. ובמ"ש מהרש"ם "אם כבר עשה, בודאי יוכל לומר קים לי", עיין מה שהערנו בזה להלן סי' כח.

העולה מדברינו - בשאלה זו של הסתרת הנוף, לדעת מהרלב"ח וספר תומת ישרים אינו יכול למונעו, והמבי"ט אליבא דמהרש"ם חולק, אך הכרעת המהרש"ם למעשה שאינו יכול למונעו.

טענת התובעת על ירידת ערך הדירה

הושמעה טענה המתייחסת לירידת ערך הנכס של התובעת עקב בניית המחיצה.

המקומות מהקהל על דעת כן, ולזה אי אפשר להם לשנות מכפי אשר מכרו לו. ומתחילה מיירי בתשובה שהקהל מכרו בסתמא, אף שעתה נ"מ בדמים אם יהיה ראשון וחבירו שני, יכול הוא להשביח את מקחו. אבל אם מתחילה מכרו הקהל הראשון ביוקר והשני בפחות והשלישי בפחות מהשני, הרי זה כמו שהתנו בתחילה שיהיה הוא ראשון וחבירו שני דוקא, ובכה"ג אין יכול לשנות דבר מכפי קנייתו, וזה ברור בדברי הרא"ש.

וכן בשו"ת עזרת ישראל סי' קל (המובא בספר ליקוטי הערות על החת"ס חאו"ח סי' כו) תמה על החתם סופר דהא מבואר ברא"ש באר היטב שאדם הבונה בתוך שלו, אף שעל ידי זה מפחית את חבירו בדמיו, אינו יכול למחות, מכיון שאינו מזיק לגוף ממון חבירו, וכמבואר מראיות הרא"ש מהא דעושה חנות וכו'. ומש"כ הרא"ש בסוף דבריו כוונתו דמוכח ממה שהזילו לו מקומו, בודאי אדעתא דהכי מכרו לו שלא יעשה מחיצה, שאם היה בכחו לעשות מחיצה לא היו מוכרים לו בפחות, וא"כ נתרצה בלא מחיצה, אבל בלא"ה לא היה הראשון יכול למחות, אף שעל ידי זה יזול דמי מקומו.

וכן מבואר בתשובת הבית יצחק חחו"מ סי' מ' שנביא להלן, שבאר בפשיטות את תשובת הרא"ש דלא כחתם סופר.

העולה מדברינו, מאחר שהרא"ש כתב "שאדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו, ואינו מזיק לגוף ממון חברו, אלא שמפחיתו מדמיו, כי האי גונא לא הצריכו חכמים להרחיק", ה"ה בנידון שבפנינו, הנתבע רשאי לבנות בתוך שלו. ולא מצינו שאדם יוכל למנוע בניית בית מגורים בסמוך לביתו בטענה שעקב כך יפחת ערך ביתו.

גם אליבא דשיטת החתם סופר, דוקא בבית משותף שכל הדיירים שותפים בבניין זה, יש מקום לטענה שהשותפים השתעבדו זה לזה שלא לבנות בלא רשות שאר השותפים אם בעקבות כך ירד ערך הנכס של אחד מהם. משא"כ כאן שהצדדים הם שכנים בלבד בלא שותפות.

והנה שנים מגדולי האחרונים, הבית יצחק והמהרש"ם, דנו בשאלה שהיתה מעשית בזמנם. לפי החוקים שנהגו בזמנם, דיירי בית משותף שלמו תשלום מס גדול אם אחת הדירות הושכרה לאחר, ואז כלם שילמו תשלום מס מוגדל, לרבות בעלי הדירות שאינם משכירים את דירתם.

התעוררה השאלה, האם המשכיר שגרם לשאר הדיירים לשלם תשלום מס מוגדל, מחוייב לפצותם על התוספת שנאלצו לשלם בעקבות כך שהוא משכיר את דירתו. בשו"ת בית יצחק חלק חו"מ סי' מ', התיר להשכיר, ופטר את המשכיר מפיצוי שאר הדיירים. ואילו מהרש"ם פסק לחייבו בתשלום התוספת שנאלצו לשלם מחמתו. עיקרה של השאלה נסוב בנקודה זו, האם כשאדם פועל בתוך שלו, ועקב כך נגרם לשני נזק עקיף, האם יש לדון זאת כגרמא בניזקין או גרמי.

מעיקרא אדעתא דהכי קנה שמקומו שוה ערך מסויים ביחס למקום חבירו ולא יעשו שנויים.

והנה החתם סופר חלק או"ח סי' כו כתב - "שרש דין זה של עליית המקומות הוא מרמ"א חו"מ רס"י קע"א משתי תשובות הרא"ש כלל ה' סי' ג' וסי' ז' והגאון דגול מרבבה כתב שסותרים זא"ז ולא עוד אלא שדבריו בסי' ג' סותרים מיני' ובי'. ועיינתי בהם ולפע"ד אין כאן סתירה רק הגהה מועטת צריכה. והנה בסי' ג' הוה ב' ישבו זה בצד זה בספסל בלי מחיצה ביניהם, ורצה ראובן לעשות מחיצה ולהכניסה לחלקו, ושמעון ע"י עשיית המחיצה יהי' ראובן עליון ומושבו של שמעון למטה ממנו ומפסידו, ודבר זה נשאל גם לרשב"א ח"ג סי' קנ"ה והשיב בפשיטות שאין שמעון יכול למחות, והרא"ש האריך קצת וכתב שאין שום מעלה או ריעותא בתפלה אם הוא במקום זה או במקום זה, ואי משום עליית המקומות לענין כבוד היושב עלי' לא מצינו בשום מקום שלא יהי' רשאי לעשות בגבולו מפני הפסד שכינו שאינו מגיע לא לגופו ולא לממונו אלא שלא יהא מכוון כ"כ, אמנם אם מנהג המקום להעלות בדמים בשביל זה ואלו כשקנו מקומות הללו קנאום בזול וע"י שעושה מחיצה ונתעלה נתייקר מקום מושבו ונפחת מקום שמעון נמצא גורם לו הפסד בממונו, אז אין ראובן רשאי לעשות מחיצה אע"פ שעושה בשלו, וזהו כוונתו בסי' ג' אלא שהוא מוטעה קצת ... משא"כ בסי' ג' שהוא עושה בשלו אי ליכא פחיתות ממון לית לן בה, ובוזה אתי' פסקי הרא"ש ורמ"א ועל מקומם יבואו בשלום".

ומבואר שהחתם סופר באר בכוונת הרא"ש שאף אם בונה בתוך שלו, אינו רשאי לעשות כן אם על ידי כך מפחית מערך רכושו של חבירו. אך דברי החת"ס צ"ע, ומפשטות לשון הרא"ש עולה כי כל עוד עושה בתוך שלו ואינו מזיק לחבירו לית לן בה, אף אם הנכס של חבירו יורד בערכו, כגון חנות שפתח בסמוך לחנות של חבירו. ושאינו מש"כ הרא"ש בסוף התשובה, דמעיקרא אדעתא דהכי קנה במחיר מסויים, שהמצב ישאר ללא שינוי, ולא יוכל לשנות את ערך מושבו של חבירו על ידי בניית מחיצה וכדומה.

ואמנם בשו"ת עמק שאלה (להגרמ"ד טברסקי ז"ל) חלק או"ח סי' ב' הביא את דברי הרא"ש ומש"כ עליו החתם סופר, וכתב - "וכבר הקשו דדברי הרא"ש בתשובה שם סתרי מני' ובי'. ומה שכתב החתם סופר בתשובה כ"ו וכ"ט ליישב דמתחילה מיירי שאין נפחת דמים רק הורד כבודו, וגם הוא עושה בתוך שלו והוה תרתי למעליותא, דבריו רחוקים ואי אפשר כלל לאומרם. והמעייין בתשובה שם כתב להדיא דאף אם נפחתו דמיו, כיון שעושה בתוך שלו יכול לעשות, ומביא על זה ראייה מחנות בצד חנות חבירו. אמנם לענ"ד נראה דכוונתו דאם מתחילה בעת שמכרו הראשון ביוקר והשני בפחות והשלישי עוד בפחות, הרי כל אחד משועבד לחבירו שמקומו יהיה ראשון ואחריו יהיה הוא השני ואחריו יהיה חבירו השלישי, ומתחילה קנו

תיכף, והוי מוּזיק ממש וכמו שנוטל משכון של חבירו ולזה מעות עליו, דמחויב לפדות המשכון. ואינו דומה לזה, דכאן הוא משכיר בית לחבירו, ואינו מוסרו הוא למלכות. ומה שאח"כ יודע הדבר, וע"י כן ישלם מס הוי רק גרמא בעלמא ... אמנם מה שדימה כת"ה למוכר ביתו לעכו"ם בסי' קע"ה סעיף מ' דמשמתין ל' עד דמסלק היזקו, יפה כתב. דשם ג"כ עושה בשלו ומכוין להנאתו. ועיין בטור שם דיש מחלקין היכא שאינו מוכרו לפרנסתו, אלא להרויח, אינו רשאי למכור לגוי, אפילו אינו מוצא ישראל שרוצה לקנותו. אבל הרוצה למכרה בשביל פרנסתו ואינו מוצא ישראל לקנותה, יכול למוכרה לגוי, ויקבל עליו אונס שיבא מהגוי. והרא"ש ותוס' כתבו והוא שיכול למוכרה לישראל באותן הדמים שקנאה הגוי, וכן פסק המחבר, ומשמע דאם אינו יכול למוכרה לישראל, אינו צריך לקבל אונסא דמתילד. וכ"כ מהרשד"ם סי' רל"ג. ולפי"ז ה"ה בנ"ד, נלע"ד דאם רוצה להשכיר בשביל הרוחה יכול למחות בידו שלא יגרום לו היזק, דבנ"ד אולי גם הרא"ש מודה כיון שההיזק נצמח על ידו, והוא עושה בשביל הרוחה וברי היזקו, משא"כ אם הב"ד רואין שהוא נדחק לפרנסה, ומה"ט משכיר חלקו, אינו יכול למחות בידו, וא"צ לשלם ההיזק לחבירו, כן נ"ל בדין זה. ואמנם י"ל כיון דבש"ע לא הובא שיטה זו, אך המחבר פוסק כהרא"ש דאם אינו מוצא ישראל לקנותו יוכל למכור לעכו"ם, אף שיבא לחבירו לידי הפסד הוא עושה בשלו. ה"ה בנ"ד כיון שעושה בשלו והבית עומד להשכיר, כמבואר סי' שמ"ג, לא איכפת ל' מה שיגרום היזק לחבירו, ואין ראייה ממה דפסקינן במוחל לעצמו בסי' ס"ו סעיף כג שמחויב לשלם מדינא דגרמי, דשאני התם דקא משתרשי ליה, כמו דאמרינן בחולין קל"א, והוא מרויח ע"י מה שגורם היזק לחבירו. משא"כ הכא, אף שנוטל שכירות, מ"מ אינו מרויח מה שחבירו נפסד על ידו, וכ"כ הש"ך סי' ק"מ דמה"ט יורש שמכר נכסי אביו חייב לשלם הדמים משום דקא משתרשי ליה, הנה דעת הרא"ש בסי' ק"ז דא"צ היתומים לשלם דלא מקדי מוּזיק שעבודו כיון שלא קלקלו בגוף הקרקע כלום עיי"ש. א"כ בנ"ד נמי כיון דלא משתרשי ליה, ולא קלקל גוף הקרקע, אף שע"י כן הקרקע השתעבדה לשלם, מ"מ פטור. ועיין בבית אפרים סי' כ"ו שכתב דמה"ט לשיטת הגדולי תרומה מותר למחול לעצמו לכתחלה, אף דעושה מלאכה במי חטאת חייב בדיני שמים, שם עשה מלאכה בשל חבירו, משא"כ במוחל עשה בשל עצמו. ונלע"ד נראה לחלק, דהיכא דמשתרשי מקצת בשל חבירו חייב, וכמו הך דעושה מלאכה במי חטאת. משא"כ היכא דלא משתרשי מידי בשל חבירו, וכמו שכתבו התוס' כתובות ל' דהיכא דמחסרו לחבירו פחות משהו פרוטה, חייב לשלם עבור כל הנאה. והתוס' ב"ק צ"ח כתבו דהיכא דעשה לחבירו היזק במקצת בידים חייב לשלם עבור כל הגרם אף לרבנן ... ה"ה היכא דמשתרשי במקצת חייב עבור כל ההיזק, משא"כ בנ"ד דלא משתרשי בשל חבירו, ואינו נוגע בממון חבירו. ואינו דומה

כאמור הבית יצחק פסק להתיר להשכיר, כפי שנביא להלן חלק מהתשובה, ממנה עולה כי הבית יצחק כתב כמה סברות לבסס מסקנתו, אך מתוך דבריו עולה שגם בנידון שלפנינו הבית יצחק ודאי היה קובע שאין מקום לטענה המתייחסת לירידת ערך הנכס של התובעת בתוך דבריו כתב הבית יצחק - "ודאי מעיקרא אדעתא דהכי נשתתפו, שאם ירצה להשכיר חלקו שלא ימחה בידו בשביל הפסד זה, ועיין תשובת הרא"ש כלל ה' סי' ג' שכתב היכא שבא לחלוק שני מקומות ו"ל אפילו לא יהיה מנהג לחלוק מקומות וגם שמעון נפסד בחלק המחיצות וכו' שכל הרחקות השנויות בב"ב היינו דוקא היכא דדבר הנסמך מוּזיק לשכנו בגוף ממונו. אבל אדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו ואינו מוּזיק לגוף ממון חבירו, אלא שמפחיתו מדמיו, כי האי גונא לא הצריכו חכמים להרחיק, כי האי דעושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו ואע"ג פסוק חיות, אבל משום דדמי חנותו נפחתים לא פליג. ולבסוף מסיק אמנם אם נהגו במדינות הללו כשמוכרים מקומות שמוכרים מושב הראשון ביוקר וכו' לא יוכל ראובן לחלוק כי אדעתא דהכי קנה מקומו עיי"ש. ומדבריו יש ללמוד כיון שסתם בתים עומדים לשכירה מה שמשכיר אחד וע"י כן יהי' היזק מבחוץ לשני, לא איכפת להאחד כיון דבשלו הוא וחלק השני לא נפסד בגופו, אך שהיא הפסד מבחוץ, ואינו דומה לכלל הני דינים בב"ב, והובאו דברי הרא"ש בבית אפרים סי' כ"ו ... מיהו יש לחלק בנ"ד להך דתשובת הרא"ש דשם ל"ה היזקו ברור וכאן ברי הזיקו. מיהו מדברי הרא"ש משמע דהטעם הוא משום שאינו מוּזיק לגוף הממון וה"ה הכא ... ולעיקר הדין, הנה דעת קצת פוסקים הובא בסי' ס"ו במוכר שט"ח על בנו ומת הבן מוחל לעצמו וא"צ לשלם מדינא דגרמי כיון שמכוין להנאתו, וזה דעת הראב"ד פ"ז מהלכות חובל בעושה מלאכה בפרת חטאת פטור, כיון שמכוין להנאתו ל"ש שלא יהא כ"א ... ועכ"פ כיון דלדעת הראב"ד אדם העושה דבר ומכוין להנאתו וגורם היזק לחבירו א"צ לשלם לחבירו, י"ל דבעושה בשלו לכ"ע א"צ לשלם. ועד כאן לא פליגי עליה אלא בעושה בשל חבירו, כגון בעושה מלאכה בפרת חטאת או במוחל שט"ח לחבירו, דעושה בשל חבירו דהחוב נקנה לחבירו, דמה שכתב התומים סי' כ"ה דעושה בשלו היינו בשעבוד הגוף, ועיין בבית אפרים סי' ל"א חלק ח"מ שמפקפק בזה. ועכ"פ עיקר החוב נקנה לחבירו, ולדעת תשובה הנ"ל גם שעבוד הגוף נקנה לחבירו באם שלא ימחול, אבל בעשה בשלו ומכוין להנאתו, לכ"ע א"צ לשלם בגורם לבד. ומה דמחייב ר"מ במסכך גפנו על גבי תבואתו, שם לא כיון להנאתו, דהרי גם שלו נאסר, וכן בהך דחולין דמשני הב"ע באית ל' שותפות, וה"ט דמודה רבי יוסי בגירי דיליה אף דעביד בשלו, כיון דתיכף בא ההיזק מחויב להרחיק, דגרע מגרמא והוי מוּזיק ממש. ולפי"ז בנ"ד דמכוין להנאתו ועושה בשלו אינו מחויב לשלם לחבירו. וכת"ה כתב דכיון דתיכף משועבד הבית לנתינת המס הוי גירי דיליה, וההיזק בא

שנהגה, דגם אי נימא דהוי רק גרמא, מ"מ מחויב לסלק ההיזק מחבירו, ומשמתינן ליה מדין הש"ס כנודע. ועיין ב"ב (דף כ"ב) וחור"מ סי' נ"ה ס"א בהג"ה וסמ"ע ועוד בכמ"ד. ולכן פסקינן שישלם ראובן כל המס הנגרם על ידו, ולכן לענ"ד יש לפסוק דראובן חייב בכל המס המתגלגל יותר ע"י שכירות חלק מדירתו.

אמנם הנידון שבפנינו אינו דומה לחלוטין לנידון בבית יצחק ובמהרש"ם. אך הבית יצחק בתשובתו קבע את הגדר - "היכא דאינו עושה בשל חבירו, אך בממונו, ואינו נוגע בממון חבירו, ולא משתרשי בממון חבירו מידי פטור", ותשובת הרא"ש היא סייעתא גדולה לפסק זה. ולפי זה ה"ה בנידון דידן אין למנוע מנתבע את הבניה.

גם אליבא דתשובת מהרש"ם, שאני התם שעושה מעשה המביא לשלטונות לגבות מחבירו תשלומי מס גבוהים מהסכומים ששולמו קודם לכן. וכעין מרביץ ארי בחצר חבירו. משא"כ בנד"ד שעושה בתוך שלו, וירידת ערך נכס חבירו נגרמה בדרך עקיפה.

על כן מאחר ושכר הדירה המשולם עבור הדירה נקבע בשיעור יחסי לערך הדירה, על כן אין מקום לטענה ביחס להפחתת שכר הדירה המשולם לתובעת.

ביחס לטענה המייחסת למעשה הנתבע תוספת לכלוך עקב הימצאות ציפורים רבים ברחבה של התובעת, במידה שיתברר שטענה זו אכן מבוססת, יש מקום לחייב את הנתבע לעשות למניעת תופעה זו כמבואר במסכת בבא בתרא דף כג. "אפיקו לי קורקור מהכא", ובשו"ע סי' קנה סעיף לט. אמנם שם המקרה הוא שהלכלוך נגרם מהדם שהגיע על ידי המזיק וכאן מכח הציפורים בעצמן, אך אין סברא לחלק. ובית הדין ישלח אדם מומחה שיבחן האם אמנם קיים נזק כנטען.

וכן אותו אדם יבחן האם קיים "אפקט חממה" מכח המחיצות כנטען, שאם אכן נגרם נזק כזה, זהו נזק הנגרם על יד הנתבע, ועליו למצוא דרך להסירו.

במידה ומסקנת דברינו, לאחר הביורור הנ"ל, תהיה שהנתבע עשה מעשיו על פי דין תורה, או לאחר שישדיר את מעשיו על פי הוראת בית הדין, התובעת מנועה לפעול להריסת המחיצה. ויעויין במש"כ החזו"א חור"מ ב"ב סי' יא סק"א - "ומה שראו חכמים להתיר, ע"כ משועבד חלק שמעון לראובן לתשמיש זה. ואם הוא מוחה בו באלמות נגד הדין, הרי זה כמוזיק בגרמא והוא אביזרייהו דגול, ומה שאסרו חכמים אם ראובן עושה באלמות הרי זה מוזיק לחבירו".

ואין חילוק אם מונעו לחבירו באלמות ממש למונעו מלבנות בתוך שלו בדרך המותרת על פי הדין, או שמונעו על ידי מוסדות העיריה.

ואין מקום לטעון שמאחר שהעיריה מאפשרת לשכנים את הגשת ההתנגדות, הרי שזהו מנהג מדינה המאפשר לשכן למונעו בדרך זו. מאחר שברור שלא הקנו זכויות לשכן ברכוש שכינו, אלא שפתחו בפניו את האפשרות להיות צד

להא דבור ואילן דמודה רבי יוסי בגירי דיליה, דשם נוגע בשל חבירו בגוף ממונו כמ"ש הרא"ש, וכאן אינו עושה בשל חבירו מידי ... ועכ"פ הדבר מבואר דהיכא דאינו עושה בשל חבירו, אך בממונו, ואינו נוגע בממון חבירו, ולא משתרשי בממון חבירו מידי פטור. וה"ה בנ"ד, ואף לכתחלה שרי, כמו שלדעת המחבר מותר למכור לנכרי, היכא שאינו מוצא למכור לישראל, וזה ג"כ ע"כ מה"ט. וכבר כתבתי דאין ראייה ממה דפסקינן בסי' ס"ו במוחל לעצמו חייב לשלם, וכן בסי' ק"ז ביתומים שמכרו הלכה כדעה ראשונה, דשאני התם דקא משתרשי ליה. ועיין בסמ"ע בסי' שפ"ו בזורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילקם, להמחבר חייב, וי"א דזה מקרי גרמא, וכתב הסמ"ע דהטעם משום דלא נוגע לגוף הממון, ובנ"ד דג"כ אינו עושה מאומה בשל חבירו וכונתו להציל עצמו מה שעומד, לכן לכ"ע פטור ומותר. סוף דבר לדעתי אינו יכול למחות לחבירו שלא ישכור, והנלע"ד כתבתי".

לעומת זאת המהרש"ם בחלק ב' סי' רסט - "מה ששאל בדין שנים שיש להם בית אחד בשותפות, לראובן שלשה חלקים ולשמעון חלק רביעי, ושמעון יושב בעצמו בביתו, וראובן משכיר קצת מדירותיו לאחרים. ובנימוסיהם, אם משכירין אפילו רק חדר אחד, מגיע לשלם שטייערין מכל הבית. וראובן טוען שישלם שמעון רביע מכל המס המגיע, ושמעון טוען שישלם רק רביע מכפי מס המגיע אם אין משכירין מהדירה לאחרים, כיון שהיא אינו משכיר כלום. והנה בסי' קנ"ה סל"א מבואר דדוקא באין ההיזק בא בשעת מעשה מותר לעשות בתוך שלו, משא"כ בבא בשעת מעשה הוי גירי דיליה. וע"ש ס"ד גבי מעזיבה, ובטור שם סכ"א בשם תשובת הרא"ש דגם למ"ד דעל ניזק להרחיק את עצמו, דוקא בבור דבקל יוכל להרחיק הבור ולא נפיש היזיקא, וגם לא הוי תשמיש קבוע, אבל גבי מרתף דאי אפשר לבית בלא מרתף, לכ"ע על המזיק להרחיק את עצמו, ע"ש. וא"כ בנ"ד שבשעה שמשכיר ראובן דירתו חל מיד שיעבוד המס על כל הבית, ועיין ב"ב (דף נ"ה ע"ב) ותוס' שם דשיעבוד המס הוי כגבוי, וגם לא יוכל שמעון לעקור ולבטל דירתו ולהשכיר לאחרים כיון שצריך לה לעצמו, וא"כ מדינא על ראובן שלא לגרום היזק לשמעון, אף שעושה בתוך שלו, אך דמ"מ יוכל להשכיר ולקבל ע"ע המס שיחול עי"ז. ואף דבסי' קנ"ה סל"ג הובא שתי דיעות היכא דצריך להרחיק ולא הרחיק וגרם היזק אם חייב לשלם, מן הדין שירווח הוא ויפסיד לאחרים כמ"ש הפ"י בב"מ (דף ס"ה ע"א). ובבית מאיר אה"ע סי' צ"ג סכ"א דגם בגרמא חייב אם נהנה מן הגרמא, וכ"ה בשו"ת גינת ורדים הספרדי חור"מ כלל ג' סי' מ"ב דאינו בדין שזה יהיה ניזק וזה יהנה עוד מן ההיזק, ועיין בשו"ת בית אפרים חור"מ סי' כ"ו ובשער משפט חור"מ סי' כ"ו סק"ב באורך, ואף דבנד"ד מתכוון לטובת עצמו, הרי מבואר בסי' ס"ו סכ"ג וש"ך שם דגם בכה"ג חייב מדד"ג. ועוד דהא אנו דנים עתה מי מהם חייב לשלם, ובוודאי יש לפסוק דהחיוב על מי

ומוטל עליו להשאר בשב ואל תעשה, ולא נדרשה חתימתו לאישור הבנייה. ואם הנתבע יהיה בגדר "לא ציית דינא", תוכל לפנות לעירייה לאחר קבלת אישור מבית הדין.

וכן העלו בספר עמק המשפט (להרי"א כהן שליט"א) ח"ב סי' כא, ובספר משכן שלום עמ' קח-קטו (להג"ר שלום סגל שליט"א) שאין רשות לשכן להתלונן בעירייה כנגד מעשה שעשה שכינו, כל עוד המעשה מותר על פי דין תורה. גם אם לטענתו הדבר פוגע בו, כל עוד אין טענה זו מתקבלת על פי ההלכה.

אמנם, בבית משותף, שהאחד בונה ופועל בתוך הרכוש המשותף, ראוי כל אחד משאר השותפים למונעו גם בלא טענה המיוסדת על ההלכה, מאחר שאינו חייב להרשות לחבירו לבנות בתוך הרכוש בו יש לו חלק כשותף. משא"כ בנידון דנן שהצדדים אינם שותפים בחצר, אלא שכנים גרידא, והתובעת מבקשת למנוע מהנתבע לבנות בתוך שלו.

על כן לאחר שיושלם ההליך הנוכחי בבית הדין, התובעת מנועה מלהתנגד בעירייה לכל פעולה שעשה הנתבע ושקבלה את אישור בית הדין.

מאידך נראה, שאם קיימת "תקנת קהל", כגון הסכמת הציבור שהוסכם עליהם במועצת העיר, למנוע בניה הפוגעת המראה האסטטי של הבניין, והמכערת את מראה השכונה וכיוצ"ב, יש מקום לתת תוקף להסכמה כזו, מכח הסכמת בני העיר. על כן למרות האמור בהחלטה הנוכחית, ראוי כל אחד מהצדדים להציג לבית הדין חומר מתאים תוך שלושים יום, לביסוס טענותיו, שלא התקבלו במסגרת ההחלטה הנוכחית, ולאחר מכן ינתן פס"ד סופי.

לברור שאלת אישור תוספת בניה לשכינו. אך הכללים חוזרים להיות על פי דין תורה. ומאחר שבנידון זה הנושא הגיע לברור בדין תורה בפני בית הדין, כמתחייב על פי ההלכה, אין זכות נוספת למניעת הבניה מלבד הזכויות המוקנות על פי דין תורה.

וראיה ממה שדנו הפוסקים בהלכות ירושה, האם הבת חייבת לחתום בערכאות על ויתור חלקה בירושה שאינה זוכה בה על פי דין תורה. והפוסקים שהתירו לה להמנע מחתימה, היינו עד שישלמו לה תשלום על עצם החתימה כשכר שכיר. אבל לא עלה על דעתם שעקב זכותה בחלק מהירושה בערכאות, נחשבת לזוכה, על פי דין תורה, למרות הצורך בחתימתה.

ומהרש"ם חלק ב סי' טו כתב בשאלה זו של חובת הבת לחתום על ויתור - "אבל כל דברי המחברים היו לפי זמנם, אבל במדינתנו הדין בנימוסיהם כי מן הערכאות שואל הנאטר לכל היורשים אם רוצים בחלק הירושה, וכשעובר הזמן המיועד מאתו ואין היורש משיב אבד זכותו. וא"כ לכ"ע מחויבות הבנות בזה להיות בשוא"ת שלא להשיב כלום. דבכה"ג ליכא שום זילותא ולא טורח ולכ"ע כופין על מידת סדום. ואם עברה ע"ז והשיבה שרצונה בהירושה, הוי גזל ממש ומחויבת לתקן המעוות ולהשיב את הגזילה שגרמה במעשיה. וכל דברי האחרונים אם מחויבת לחתום הם בלא גרמה הקלקול בידים רק בשוא"ת, אבל במדינתנו אינו כן ולכ"ע הדין כמ"ש, וכן הוא בתשובת ב"ש חו"מ סי' ק"ט. והנלע"ד כתבתי".

על כן גם בנידון דנן, מוטל על התובעת, להמנע להגשת התנגדות לעירייה, ובכפוף לכך שהנתבע ציית דינא, מאחר

סימן כו

פסק דין בתביעת נזיקין

כ' תמוז תשס"ב

התקליטור. יצויין, התובע סבר שהתקליטור שמור עבורו אצל הנתבע, כפי שהנ"ל הודיעו, אך למעשה הנתבע העלים מהתובע את העובדה כי התקליטור אבד, ובשל כך התובע מחק את הגיבוי לחומר הנ"ל, ונשאר עם ספר שבו יצירתו מודפסת באופן לקוי, וללא תקליטור או גבוי מתאים, וכעת לאחר שהתקליטור אבד, החומר נשאר ללא כל גיבוי וכל עמלו ירד לטמיון.

התובע שלם לנתבע את שכר העבודה כפי המסוכם ביניהם, אך תובע תשלום על אובדן התקליטור ומבקש להעריכו בהתאם לשעות העבודה שהושקעו ביצירה זו 360 שעות עבודה, ומבקש 20 ש"ח עבור כל שעת עבודה שה"כ 7200 ש"ח.

הנתבע מצידו טען שהשקיע מאמץ במציאת התקליטור אך ללא הצלחה. לדבריו, אילו מלכתחילה היה יודע על

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעה לפיצוי כספי. הנתבע מנהל בית דפוס, קבל מהתובע תקליטור המכיל עבודה ספרותית אמנותית, הכוללת 84 עמודי ספר המעוצבים בעיצוב גראפי מיוחד, פרי עמלו של התובע. יצירה זו אינה בעלת ערך למכירה בשוק, והיתה אמורה להיות מודפסת בעותק אחד או בשני עותקים בלבד, והיא בעלת ערך רק עבור התובע ועבור אשתו שהיתה אמורה לקבל יצירה זו מבעלה כמתנה. התובע מסר לנתבע את התקליטור שבו הוקלד החומר הנ"ל לצורך הדפסתו, והספר הודפס, אך התקליטור אבד בעת היותו ברשות הנתבע. התובע הציג את הספר בבית הדין ולדבריו העבודה לא בוצעה ברמה מספקת, אך תביעתו הנוכחית היא תביעה לתשלום פיצוי כספי עקב אובדן

האומנין שהם שומרי שכר, או דילמא אינו שומר שכר אלא בכלי שעושה בו המלאכה.

תשובה. ודאי חייב באחריותו דבהאי הנאה שרואה בו ועושה כמוהו לטול שכרו הוי עליו שומר שכר, דלא גרע משומר אבידה שהוא שומר שכר משום פרוטה דרב יוסף דקיימא לן העוסק במצוה פטור מן המצוה, ומשום דאי מתרמי ליה עני בשעה שהוא עוסק באבדה מפטר מלתת פרוטה לעני עשאוהו כשומר שכר, ופשוט הוא. ומכל מקום אם אמר לו שמעון טול את שלך שכבר ציירתי בדעתי מה שצריך לעשות, ואמר לו ראובן מ"מ תניחהו אצלך כדי שתביט בו ותעשה כמתכונתו ולא תטעה. בזה אני אומר כי לא נעשה עליו שומר שכר, אלא שומר חנם. והנראה לעניות דעתי כתבתיו.

על כן גם בנידון שלפנינו דינו של הנתבע כשומר שכר המחוייב בגניבה ואבידה.

כיצד להעריך חפץ שערכו הוא רק עבור אדם אחד ואין לו ערך להמכר בשוק.

לתקליטור הנידון, אין ערך שבו הוא יוכל להימכר בשוק, אך עבור התובע ערכו גדול מפני השעות הרבות שהושקעו בו. ויש לדון כיצד לחייב את השומר, האם לפי ערך התקליטור בשוק או לפי ערכו לתובע.

בספר נתיבות המשפט סי' קמח סק"א כתב חידוש גדול בקביעת הערכת שויו של חפץ. הנתיבות כתב - "נראה, דדבר שאינו שוה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו, רק ששוה לאיש ההוא, אין המזיק חייב לשלם".

וע"ע בספרו תורת גיטין דף מג (ד"ה והא חזי), שנראה שאזיל לשיטתו שהכל נמדד בכח המכירה בשוק.

הנתיבות בסי' קמח הביא שתי ראיות לדינו זה, אך בטרם נביא את ראיותיו ונדון בהם, נקדים את הסוגיא אותה באר הנתיבות על פי חידושו הנזכר.

במשנה נאמר - "מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר ילך לו בקצרה, וחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר".

ובגמרא - "מ"ט דרבנן, שפיר קאמר אדמון. אמר רב יהודה אמר רב כגון שהקיפוה ארבעה בני אדם מארבע רוחותיה ... אמר רבא ... כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה. אדמון סבר מכל מקום דרכא אית לי גבך, ורבנן סברי אי שתקת שתקת, ואי לא, מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצי לאישתעוי דינא בהדייהו".

להלכה נפסק בטור ושו"ע חו"מ סי' קמח כחכמים.

הנתיבות פתח דבריו וכתב - "יש לתמוה כאן הרבה". בעיקרו של דבר, תמיהת הנתיבות היא, כיצד יתכן לעשות את בעל השדה מזכותו לעבוד בדרך הקנויה זו, בטענה של "מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצי לאישתעוי דינא בהדייהו". וז"ל - "גבי אחד דקנה מארבעה, כיון שקרקע אינה נגזלת, והרי בין שדותיו קרקע שאינה שלו, מהיכי

ערכו היקר של התקליטור עבור התובע היה מעתיקו ומחזירו מיידית, ולא היה עולה על דעתו להשאיר אצלו תקליטור בעל ערך רב ללא גיבוי מתאים. הנתבע הבהיר כי לדעתו בעל דפוס בדרך כלל אינו אחראי על שמירת חומר המגיע אליו להדפסה בתקליטורים, אלא שהנתבע הודה שדברים אלו לא נאמרו בפירוש לתובע.

יצויין שהנתבע לא אמר בפירוש לתובע שהוא יכול למחוק את הגיבוי, אלא התובע עשה כן בהסתמך על דברי הנתבע שהודיעו שהתקליטור ברשותו ויוחזר לו.

השאלות העומדות בפנינו לביור -

א. מה מעמדו של הנתבע ביחס לתקליטור. האם דינו כשומר, והאם יש לחייבו על האבידה בחיובי שומרים.

ב. כיצד יש להעריך את שווי התקליטור. כיצד להתייחס לחפץ שהוא יקר במיוחד עבור הניזק בלבד אך לא לכל אדם אחר. גם במקרה שלפנינו, לתקליטור זה אין מחיר בשוק, אך עבור התובע התקליטור היה יקר ערך והושקעו בו שעות רבות, (לטענת התובע הושקעו ביצירה זו 360 שעות).

ג. כל עוד היה קיים גיבוי מתאים לתקליטור, לא היה לתקליטור המופקד אצל הנתבע ערך מיוחד. התקליטור מקבל ערך גבוה רק בפרק הזמן שהוא עותק יחיד, ואז ערכו גבוה עבור בעליו. בנסיבות אלו יש מקום לברר כיצד לדון בנסיבות שלפנינו, שהשתלשלות הדברים היתה כזו, שבזמן שהתקליטור נמסר לנתבע, וכן בעת האובדן, עדיין היה גיבוי, אך לאחר זמן, לאחר שהנתבע הודיע לתובע כי התקליטור אצלו, הוא מחק את הגיבוי. האם החיוב עקב האובדן יוערך כערכו של התקליטור באותה עת או כערכו לאחר מחיקת הגיבוי.

ד. את"ל שהתשלום עבור אבידת התקליטור הוא מועט, האם יש מקום, עקב כל הארוע הנ"ל, להפחית לנתבע משכרו.

דינו של הנתבע ביחס לתקליטור

במסכת בבא מציעא דף פ: שנינו - "כל האומנין שומרי שכר הן". וכן הלכה בשו"ע חו"מ סי' שו סעיף א', ועיי"ש בש"ך סק"א שדינו כשומר שכר, מטעם ששכרו הוא בעצם קבלת המלאכה ממנה הוא משתכר. ובמרדכי סי' שנט הביא תשובת מהר"ם שנראה שנקט כעיקר את הטעם המבואר בגמ' - "משום דתפיס ליה אאגריה", וכן בנמוקי יוסף.

בנידון שבפנינו קיימים שני הטעמים לדינו כשומר שכר.

לכאורה היה מקום לדון שדינו כשומר שכר רק ביחס לחפץ שבו נעשית גוף המלאכה, אך לא ביחס לחפץ אחר המסייע לאומן במלאכתו. אך זה אינו, ובנידון זה אף שאינו עושה את מלאכתו בגוף התקליטור, לית לן בה. וכעין המבואר בתשובת הרדב"ז ח"ד סי' אלף רצח, וז"ל - "שאלה שאלת ממני אודיעך דעתי, בראובן שנתן לשמעון שהוא אומן, טבעת, ואמר עשה לי כזו, ונשארה הטבעת ביד שמעון לעשות כמתכונתו, ונאבדה, אם חייב שמעון באחריותו כדין

לעניין חיוב האדם המזיק, אף שביחס לניזק הדבר הוא שזה ערך רב, מאחר והערך הוא רק לאדם אחד בלבד. לפי דרך זו, היה נראה לומר שבנידון דנן, אף שהתקליטור נחשב יקר ערך עבור התובע, מ"מ לא ניתן לקבוע לתקליטור ערך גבוה מאחר וביחס לכו"ע אינו יקר ערך, ואינו ראוי להימכר בשוק. עכ"פ מאחר שלא ניתן לקבל עבורו סכום כסף משמעותי, לא ניתן לחייב את הנתבע כמבוקש.

החולקים על דינו של הנתובות.

בספר ערך שי על חו"מ סי' שפו כתב על דברי הנתובות - "זור הוא אצלי דמשום דאינו יכול ליקח דמים בעדו יפטר, דמ"מ אזקיה מה ששוה אצלו, ועתה יוכרח ליקח לו דרך וליתן דמים".

וכן בשו"ת מקור חיים (להג"ר חיים סאגאלאוויץ ז"ל, מו"צ בוויילנא, לפני כמאה שנה) דן במי שהזיק לחבירו תמונה של אביו וכיוצ"ב שהיא יקרה מאד עבורו, אך אינה ניתנת למכירה בשוק, והביא את דברי הנתובות ודחה דבריו, ובסיום דבריו כתב - "תבנא לדינא המזיק לחבירו דבר שאינו שוה כסף רק לו לעצמו, אף שאינו שוה לכל העולם חייב לשלם. ואם להיפך, שאצלו אין שוה כסף כלום אף ששוה לכל העולם פטור המזיק", (ולהלן נביא מקצת דבריו).

וכן בשו"ת ראשי בשמים סי' קא כתב - "הדבר ברור לענ"ד דאנן לא אזלינן רק בתר הבעלים לחוד, אי הוי ממון גמור אצל הבעלים מיחשב ממון לכל מילי, ואין לנו לחוש כלל במה שאינו ראוי לכל העולם".

וכן בשו"ת רביד הזהב (להג"ר זאב וואלף אברך ז"ל) דחה מהלכה את דברי הנתובות. וכן דעת עוד פוסקים שיובאו להלן.

שתי ראיותיו של הנתובות נדחו בכמה דרכים. ביחס לראיה מפרק החובל, מההלכה של מוכרת כתובתה בטובת הנאה, הקשו על נתיבות שתי קושיות.

א. בשו"ת מקור חיים הנזכר כתב - "מה שהביא ראיה מב"ק מטובת הנאה דאשה כו' התם אדרבה איפכא הוא, דלכל העולם הוא שוה כסף, דלמי שתמכור טובת הנאה יתנו כסף, רק לאשה אינו שוה. וא"כ מאי מייתי ראיה דדבר שאינו שוה בעצמו רק ששוה לאיש ההוא אין המזיק חייב לשלם, הלא כאן איפכא, לאשה אינו שוה כי לא תוכל ליקח דמים, והטובת הנאה אינו אלא ספק גרמא. אבל ודאי אי הוה שוה לה כסף, אף דלא היה שוה לכו"ע היה חייב לשלם".

ב. בשו"ת רביד הזהב כתב על ראית הנתובות - "לאו הוכחה היא כלל, דהתם שאני דטובת הנאה בעצמותו לאו ממון הוא, רק משום דהיא יכולה למכרה לאחרים ולקבל דמים בעדה הוא דחייבין העדים הזוממים לשלם, וא"כ אי ס"ד דטובת הנאה דבעל הויא, הרי אי אפשר לה לקבל דמים בעדה ולא הפסידוה כלום, מאי אמרת דיכולה היא לומר הא כמו ששוה ספק טובת הנאה אצל מי שרוצה ללוקחה, ה"נ שוה הספק אצלי והרי הזיקתני הספק הזה, כי לא הייתי

תיתי לא יתחייב להחזיר, ומה בכך שקנה זכות המוכר. אטו אם אחד קנה בהמות מהרבה בני אדם ויבואו עדים שבהמה אחת גזולה רק שאין מכירין בבהמה הגזולה מחמת שנתערבה ביניהם קודם יאוש, וכי לא יתחייב להחזיר כיון שדבר שלו מעורב בשלו ... וכי משום שאינו יכול לברר איזה שדה היא שלו יאכל הלה וחדי, דהא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו, ובחזקת מרא קמא עומד, ולא יחלוק בזה כי אם המתעקש ואוהב עול. וא"כ בחד דאתי מכח ארבעה, מהיכי תיתי יהיה יכול לומר קניתי זכות הראשון וכיון שמהראשון אינו יכול להוציא גם ממני לא תוציא. והא דאינו יכול להוציא מהראשון הוא רק מטעם שאינו יכול לברר, וכיון שהוא יודע האמת, מהיכי תיתי לא יחזיר".

הנתובות כתב ליישב סוגיא זו, וז"ל - "לכן נראה דדין זה אינו אלא בנאבד לו דרך. דהיינו שגוף הקרקע הוא של אחר, רק שהיה לו שיעבוד וחיוב על בעל הקרקע ליתן לו דריסת רגל, ומבואר בהרב המגיד הלכות שכנים דזה לא הוי רק שיעבוד בעלמא, וכיון דאין ידוע על מי מהמוכרים יש לו שיעבוד זה שיהיה מחוייב להניחו לילך דרך שדהו, גם על הלוקח מהן אין לו שיעבוד ... לא מיבעיא למאן דס"ל במוכר לעכו"ם קרקע המשועבד לישראל דפטור, דמזיק שיעבוד כשלא עשה מעשה בגוף הקרקע, א"כ פשיטא שפטור הכא. ואפילו למאן דס"ל התם חייב, מ"מ הכא פטור, דנראה דדבר שאינו שוה בעצמו למכרו וליקח דמים בעדו, רק ששוה לאיש ההוא, אין המזיק חייב לשלם".

הנתובות חידש שבמקרה זה קיים שעבוד כלפי חבירו שיוכל לעבור דרך שדהו, שהוא שעבוד גרידא בלא בעלות בגוף השדה. אם חבירו אינו ממלא את החיוב המוטל עליו ואינו נותן לו לעבור, אין לדונו כמזיקו או כגזולו, מאחר ששעבוד זה אינו ניתן למכירה או להעברה לאדם אחר, וערכו מצומצם רק עבור אדם אחד.

הנתובות הביא שתי ראיות להוכיח את שיטתו.

ראיה ראשונה כתב - "כדמוכח בב"ק פרק החובל (דף פט.), דאמר טובת הנאה דאשה, דאי דבעל לימרו לה מאי אפסדתין, אי הוית מזבנת לי, בעל הוי שקיל מינך וכו'. ולכאורה קשה, דמה בכך שאינה יכולה למכרה משום שהבעל יקח הדמים ממנה, מ"מ יכולה לומר כמו ששוה הספק טובת הנאה אצל מי שרוצה ללוקחה, כמו כן שוה הספק אצלי, והרי הזיקתני הספק הזה. אלא ודאי, המזיק דבר שאי אפשר ליקח דמים עבורו פטור".

ראיה שניה של הנתובות - "וכן מוכח בכתובות דף ל' בתחב לו חבירו שכתבו התוספות שאינו שוה פרוטה. וקשה הא מ"מ שוה הוא אצל האוכל, שאינו נמאס אצלו. אלא ודאי לא מקרי בר דמים".

הרבה אחרונים הבינו בדעת הנתובות שלשיטתו ערכו של כל דבר נקבע בהתאם לכח המכירה שלו בשוק. ודבר שאינו ניתן למימוש במכירה בשוק, אינו נחשב כבעל ערך,

היה שוה פרוטה אצלו, ומשום הכי אין לחייבו מטעם מזיק כי אם מטעם נהנה על הנאת מעיו, ואז חיוב מיתה וממון באין כאחת."

וכן כתב בספר חבל יעקב (שם) כתב - "מה שהוכיח מכתובות הנ"ל הוא תמוה לדעתי הקלושה, דשם הוא שוה לגבי המזיק ולא לניזק, ולהכי לא חשיב כגזל אחרי דלא הדרה, דאי הדרה לא היה שוה כלל לניזק. והא דשוה למזיק, באמת חייב מצד ההנאה."

וכן בספר ערך שי (שם) כתב - "אף דשוה פרוטה אצלו, מ"מ לא הזיק לחבירו שוה פרוטה, ומזיק אינו חייב רק כשהזיק דבר השוה לניזק שוה פרוטה."

וכן בספר אור לציון (שם) כתב - "יש לדחות דהתם האוכל הוא המזיק, ולגביו אה"נ דהממון שוה פרוטה. אבל אצל הניזק אין הממון שוה פרוטה, ולפיכך מיפטר האוכל, דאמר ליה מאי אפסדיתך. אבל בעלמא היכא דשוה הוא אצל הניזק, אימא לך דמיקרי ממון ומיחייב המזיק, אע"פ שאינו שוה לניזק למוכרו לאחרים, שהרי הפסידו."

ובמסקנתו כתב בתשובת אור לציון - "כלל העולה, ממון שאינו שוה אלא לבעליו מיקרי ממון, אע"פ שלכולי עלמא אינו שוה. ולכן יתחייב המזיק לשלם הנזק, אא"כ הממון בעצמו אינו שוה כגון חמץ בפסח."

ובשו"ת בית יצחק חלק חו"מ סי' ל' דחה את דינו של הנתיבות, וכתב - "בדברי הנתיבות שכתב דמזיק דבר שאי אפשר למכור ואינו שוה רק לדידי פטור. לא ידענא, דזה תליא בשני תירוצי התוס' ב"ק עא: (ד"ה וסבר) וכתובות לה. (ד"ה סבר, שכתבו "עד כאן לא קאמר רבי מאיר אלא בשורף שטרות של חבירו או מקדש תבואת חבירו שהוא ממון הראוי לכל העולם, אבל שור הנסקל, אין ראוי אלא לזה השומר שיפטור עצמו"). ועוד תוס' לא כתבו כן רק דר"מ לא ס"ל דינא דגרמי בכה"ג, אבל מזיק ממש ודאי צריך לשלם. דהרי לרבי שמעון צריך לשלם לשומר של שור הנסקל ד' וה', ואף רבנן לא פליגי רק משום דלא ס"ל גורם לממון כממון דמי, ולא הוי גם לשומר ממון ממש. אבל אם שוה גם לשומר ממון ממש, גם רבנן מודים, על כן צ"ע בדבריו."

ובהמשך דבריו דחה הבית יצחק את מש"כ הנתיבות שהמזיק שעבודו של חבירו, המזיק פטור אם לא היה ניתן למכור שעבוד זה לאחר, עיי"ש.

וכן החלקת יואב בתשובה (מהדורה חדשה ח"ג סי' צא) כתב - "אף דדעת הנתיבות סי' קמח דאם אחד מזיק לחבירו דבר שאי אפשר למכור ואינו ראוי רק לעצמו פטור המזיק. אבל לדעתי מבואר ברש"י ז"ל להיפוך, והוא בש"ס חולין דף פח: דבמזיק לחבירו מעשר שני אף בגבולין דלכו"ע ממון גבוה חייב לשלם לבעלים, אף דמעשר שני אינו יכול למכור, מ"מ חייב המזיק. ועיין ברש"י גיטין דף נג דכהנים שפגלו אפילו בקרבנות נדבה חייבין לשלם, דלהביא דורון היה מתכוין, אף דאינו יכול למכור. וכן מוכח בריש המפקיד דפריך אי הכי גיזות וולדות נמי ישלם לשומר, כיון דקניי לו

מוכרת לאחרים אלא הייתי מחזקת לעצמי, א"כ לא הפסידוה אלא שמחת הלב לבד מה שהיתה יכולה להיות עומדת ומצפה שמא ימות בעלה או יגרשנה ותבוא לידי גביית כתובה, ועתה על ידי עדותן נתבטלה שמחת לבבה זו. על השבתת שמחת הלב בעלמא ודאי דאין לחייב את העדים הזוממים, וכה"ג גם אדם המזיק פטור."

וכן דחה את דברי הנתיבות בספר חבל יעקב (לג"ר יעקב בורכוב ז"ל) סי' כה, וז"ל - "לאחר העיון קצת, אין משם אף שמץ ראייה. דהאיך נחייב את העדים לשלם לה מה ששוה לה הזכות שהיה בזה הספק. הא כמו דלא צריכי לשלם לה כל הכתובה מפאת דספק הוא דשמא לא תבוא כלל לידי גביה, דשמא הבעל יורשה. כן ה"נ שמא זה הזכות יורש הבעל. רק אי נימא דאי מכרה כתובתה בטובת הנאה שייך הממון לה לבדה, הרי הזיקו לה העדים הזיק ברור, דזה הממון היה שלה לבדה. אבל אי נימא דאי מכרה בטובת הנאה שייך הממון לבעל, הרי לא הזיקו לה בבירור, דאולי גם זה הזכות ששוה לה הספק יורש הבעל, ודו"ק כי הוא מסתבר."

וכן בספר אור לציון (להג"ר בן ציון אבא שאול ז"ל) ח"א חו"מ סי' ד' כתב על ראית הנתיבות - "יש לדחות, דכמו דהמוכרת כתובתה לאחר בטובת הנאה לבעלה הויא, לפי ס"ד דאביי. ה"ה מי שמזיק כתובתה צריך ליתן הנזק לבעלה, אע"פ שגם היא נוזקת, שהרי גם לה שוה הכתובה כמו ששוה ללוקח בספק שמא ימות בעלה או יגרשנה. אבל כשם שבעלה זכאי בממון שקיבלה מאחר במכירת כתובתה, ה"ה שזכאי בנזקי הכתובה, וכיון שכן נמצא שלא זממו להפסידה כלום, שאפילו אם היו מזיקין לה בידיים (שורפים כתובתה) לא היו משלמים לה, אלא לבעלה, ודו"ק. אבל בעלמא, כגון בהמת קרבן של חבירו או משקפיים או חליפה וכדומה, דשוה הוא עתה אצל בעל הדבר, שהרי משלם ממון עבורו לקנותו, אף שאינו שוה לאחרים, לעולם אימא לך דמיקרי ממון, ומיחייב המזיק אע"פ שאינו שוה למכרו לאחרים."

גם את הראייה השניה של הנתיבות דחו האחרונים הדנים בדבריו.

בשו"ת מקור חיים כתב - "גם מה שהביא ראייה מכתובות גם כן אין ראייה. דזה ודאי דמשגחינן רק על הניזק, אם אצלו שוה כסף הוא ודאי חייב המזיק, לכן מאי מייתי ראייה מההיא דכתובות הלא התם שוה הוא רק למזיק אבל להניזק אין שוה פרוטה, לכן אין עליו חיוב ממון, ואם כן מאי מקשה הנתיבות, הא מ"מ שוה אצל האוכל שאינו נמאס אצלו, מה בכך ששוה הוא אצלו כיון שאינו שוה להניזק פטור."

ובשו"ת רביד הזהב כתב - "לאו הוכחה הוא כלל, חדא דהתם שאני דאצל הניזק אינו שוה פרוטה ואצל המזיק הוא שוה פרוטה, אבל היכא דהוא איפכא דהוא שוה פרוטה אצל הניזק ואינו שוה פרוטה לאחרים י"ל דחייב המזיק. ועוד הא כתבו התוס' שם דעיקר החיוב אינו אלא משום דלא החזיר לחוץ, וא"כ אם היה מחזיר לחוץ גם האוכל היה נמאס, ולא

מקבל אילו היה מוכר לאחרים, והא דהנתיבות בסי' רל"ב סק"ז כתב לענין קתא דמגלא דאם נתן המשכון לאחר לשמור ונאבד ממנו דאף לשמואל דאמר אבד קתא דמגלא אבד אלפי זוזא (שבועות מ"ג ע"ב), אין משלמים רק השווי של הקתא בלבד, היינו דהזכות לגבות ממון ע"י הקתא, לא עושהו ממש ממון יותר משווי, משא"כ בדבר שהוא ממש ממון לבעליו, לא מתחשבים כמה שווה לאחרים.

ועיי"ש שבאר דעת הנתיבות, דהנתיבות איירי במזיק דבר שמעיקרא הוא רק זכות גרידא אך אינו ממון ממש, ובזה כתב שזכות כזו שאינה יכולה להמכר, אין חייב המזיק, אבל בדבר שהוא בעלים גמור עליו, כגון נייר שכתב עליו, אף שלא ניתן למכרו שוק, חייבים לשלם עליו. ובדרך זו מיושבת ראיית הנתיבות ממכירת כתובה בטובת הנאה. שאם הזכות למכור את הכתובה כבר כעת, אינה אפשרית לאשה אם הדמים יעברו לבעל, הרי שהיזק זכות כזו אינה גוררת חיוב תשלומין.

ומה שהביא הנתיבות ראייה מתחב לו חבירו, באר במנחת שלמה - "ודאי רק לדוגמה בעלמא נתכין, דהא התם הוא איפכא, שלניזק שהוא הבעלים אינו שוה כלום, וכיון שכן מה טעם ישלם, אטו אם אחד אכל פרוסת לחם של חבירו וע"י זה החיה את נפשו האם צריך לשלם כפי השיעור שהוא נהנה, וע"כ שרק לדוגמא הביא דאין מתחשבין עם זה שהוא ממון לגבי המזיק וכמו"כ אין מתחשבין מה שהוא ממון רק להניזק בלבד. ולפי המבואר להלן (שהנתיבות המשפט מיירי רק במידי שהוא זכות גרידא ולא בממון ממש) כוונתו דכמו שאם יש לו איזה דבר שיוכל להנות בזה לאחרים לא נקרא מזיק עבור כך, כמו"כ אם יש לו דבר שרק הוא עצמו יכול ליהנות מזה."

וע"ע בספר פתחי חושן ח"ה נויקין פרק י' הערה מד. אך עיין בספר תורת גיטין דף מג הנזכר לעיל, ממנו נראה שהנתיבות עצמו אינו מקבל את החילוק האמור, ולשיטתו הכל תלוי בכח המכירה בשוק.

ובספר מנחת פיתים חח"מ (שיירי המנחה סי' שמ) הביא דעת הר"ש קלוגר ז"ל שאין דין שומרים בקמיעות, כיון דרפואתן היא בדרך סגולה. והמנחת פיתים דחה דבריו וכתב - "ולענ"ד מדברי רבינו הב"י זצ"ל בתשובת אבקת רוכל סי' קס בשואל כוס של עצם אלקירני שיש בו סגולה לרפואה ממגפה, נראה להדיא דיש בזה דין שומרים לשלם מה ששוה הכוס הנ"ל לפי ערך סגולתו יעו"ש. מיהו בקמיע שעשוי רק לאדם זה והפקידו ביד אחר, י"ל קצת דל"מ דחיוב שומרים ל"ש בזה, רק גם בשורפו בידיים פטור כיון דאינו שוה רק לו ולא יוכל למכרו לאחר, הוי דבר הגורם לממון דלאו כממון דמי כתוספות כתובות דף לד. מיהו בש"ך לקמן סי' שפו סק"א השיג על התוס' הנ"ל וכתב דגם בכה"ג שייך דינא דגרמי ... א"כ בשורף קמיע אף שאינו שוה רק לבעלים חייב עכ"פ מדינא דגרמי, דלא שייכי הני טעמי דהש"ך הנ"ל, ואפשר דגם דין שומרים שייך בזה. ואף להתוס' ב"ק

למפרע. ועיין בהה"מ דביקרא באמת מחוייב לשלם לשומר אע"ג שאין לשומר שום פסידא, דאם לא היה גונבו לא היתה הפרה שייכת לשומר, הרי דמ"מ כיון דעכשיו אגלאי מילתא שהוא של השומר חייב לשלם לו. ואף דקיי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור, מכש"כ מזיק בלא נהנה. אבל ז"א. דדוקא נהנה דחיובו אינו מבואר בתורה, אלא מסברא, והסברא נותנת דבאין לו הפסד אינו חייב לשלם. אבל מזיק חיובו מבואר בתורה מכה בהמה ישלמנה, ובוה לא חילקה תורה בין הפסידו או לא". ועיי"ש בחלקת יואב שדן להוכיח ממקומות נוספים שלא כנתיבות.

וע"ע בספר קהילות יעקב עמ"ס ב"ק (מהדורה חדשה סי' לט) שדחה את ראיותיו של הנתיבות בדרך הנוכרת לעיל. והביא ראייה לחייב את המזיק חפץ שאינו ראוי להמכר בשור. וז"ל - "צ"ע ממש"כ רש"י ז"ל בגיטין דף נג גבי כהנים שפגלו במקדש מזידין חייבים לשלם לבעל הקרבן שהרי הפסידוהו הבאת דורון ע"ש. אע"פ שהנאה זו דהבאת דורון אינה ראוייה למכירה כלל, דהא אפילו פיגל בקדשי קדשים חייב, וקדשי קדשים לכו"ע אינם במכירה."

ובמסקנתו כתב הקהילות יעקב - "מוכח מכמה דוכתי דגם בשאינו ראוי למכירה נחשב כדבר ששוה כסף גמור, כל שיש בו השתמשות לעצמו הנאה ששוה ממון לגבי ידידה."

והחזו"א ב"ק סי' ו' סק"ג כתב בתוך דבריו - "והרי כתב רש"י גיטין נ"ג א' דכהנים שפיגלו חייבין לשלם אפילו בנדבה שאינו חייב להביא אחרים משום שהיה רוצה להביא דורון ולא הביא. הרי מה ששוה לו לעצמו חשיב מפסידו ומזיקו". (יצויין שהחזו"א לא הזכיר מדברי הנתיבות, אלא כתב דברים אלו בתוך דיון בשאלת דרך שומת הנוזק).

אלא שבגוף שיטת הנתיבות לכאורה היה מקום לחרוג מהדרך המקובלת בביאור דבריו, ולפרשו בדרך זו - הנתיבות מסכים שבחפץ שגופו ממון, אף שלא ניתן למכרו בשוק, חייבים לשלם עליו כפי ערכו לבעליו. אלא שהנתיבות דן רק בדבר שאין גופו ממון בעת הנוזק. כגון זכות מעבר בתוך שדה חבירו, שגוף הקרקע בה עוברת הדרך אינו שלו. וכן במכירת כתובה בטובת הנאה, שכעת הכתובה אינה ניתנת למימוש, אלא היא סחירה עקב כך שאנשים מסכימים לשלם עבור הסיכוי לקבל סכום גבוה בעתיד. בזה כתב הנתיבות שערך הזכות נמדדת רק בהתאם ליכול הניזק לסחור בזכות זו. שהרי לא ניתן למדוד את ערכה על פי הערך הממשי של גוף הדבר, שאינו קיים ביחס לניזק.

וראייתו שבדרך זו בביאור שיטת הנתיבות הלך הגרש"ז אויערבך זצ"ל. בספר מנחת שלמה ח"ג סי' קד (ובמהדורה אחרת - בסי' קלה) כתב - "בדבר שהוא ממש ממון נראה דצריכים לשלם לו כפי שהוא צריך להוציא כדי לקנות חפץ כזה שהפסידוהו ולא נמדד כלל בכמה יוכל למכור זה לאחרים ולפעמים משלמים לו פחות, דהתורה אמרה מכה נפש בהמה ישלמנה ולשון ישלמנה היינו להשלים שיהיה לו בהמה אחרת ולא מספיק מה שישלם לו כשיעור שהיה

בעצמו, ולכל העולם אין שוה הרבה כמו ששוה הרבה מאד לבעליו, שחידש זה מעצמו, אם ישלם כשויו לבעליו או רק כשוין לכל העולם". בסיום תשובתו כתב הרד"ם - "לי נראה דגם מה ששוה הרבה בעיני בעל הגניבה, והוא במה דחביב בעיניו חדושי חכמתו, זה לא חשיב כלל שוה כסף, רק הנאה בעלמא שיש לו בהן, אבל הרי אינו יכול להוציא בזה שום הרווחת ממון ... ויש לדמות נדון דידן לטובת הנאה למ"ד דטובת הנאה אינה ממון, ופסק כן ש"ך בחו"מ סס"י ש"ג דפטור מה"ט בגמ' ספ"ב דקידושין דף נ"ח לגונב תרומה או טבל מישראל, ואע"ג דיש להגנב הנאה גדולה שיכול ליתן התרומה ומעשר למי שירצה וגם יוכל לקבל עבור זה פרוטה מישראל אבי אמו של איזה כהן כדאינתא בבכורות ריש דף כ"ז וברש"י פסחים דף מ"ז ד"ה ט"ה. ואפילו לחד אוקימתא שבגמ' קידושין שם דרבי מחייב לשלם דמי טבלו משום קנס, הא פרש"י שם ד"ה קנסו לגנב וז"ל שלא תהא תרומה אצלו ממון שאין לו תובעין ונמצא חוטא נשכר. ובנ"ד אם ישלם המזיק או הגונב כשויו לכל העולם אינו נשכר כלום, דלפני הגנב הוא אינו שוה יותר מלכל העולם ... ועוד יש לדמות נדון שאלתנו למה דקיי"ל בגמ' ב"ק דף עח ריש ע"ב דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור וגנבו גנב, דפטור הגנב בכבש ואינו יכול בעל השור לומר אנא בעינא למיעבד מצוה מהמובחר, ואע"ג דודאי יש הנאה לבעל השור בקרבן גדול, והוא כדרך הנאה שיש להמחדש בכתבי חדושי חכמתו."

אך דברי תשובת הרד"ם צ"ע, מפני שבכל הראיות שהזכיר, גוף הממון אינו ממון הבעלים אלא ממון גבוה, אלא שבאה לו הנאה מאותו ממון שאינו שלו. ובזה נקטינן שאין הנאה זו גורמת לגוף הממון להחשב כבעל ערך לגנב. אבל בנדון בתשובת הרד"ם, גוף כתב היד של חידושי התורה, הם שייכים למי שכתבן, והערך הרב שיש לבעלים עקב ההנאה מהכתוב בהם, הוא ערך הנובע מדבר שהוא ודאי ממונו, ובזה י"ל שבעקבות ההנאה הרבה מחידושי תורתו, עולה ערך כתב היד לסכום גבוה. ומה שלא ניתן למכרו בשוק, אינו מבטל את ערכו האמיתי לבעליו, וכמו שהזכיר הפוסקים החולקים על הנתיבות, הנוכרים לעיל.

ונוסף בזה מש"כ הנתיבות בספרו מקור חיים על הלכות פסח סי' תלא בביאור הפלוגתא דטובת הנאה ממון או אינה ממון, וז"ל - "הא דאינו יכול לקדש האשה בטובת הנאה למ"ד דטובת הנאה אינה ממון, וכן הגנב פטור מכפל של טובת הנאה, נראה דהיינו טעמא דודאי טובת הנאה שוה כסף הוא, דהא שמין אותו בהקדש, כמבואר בערכין (דף כ"ח וכו"ט דיכול להקדיש ולהחרים הטובת הנאה שיש לו בקדשים), והאיך שייך לומר אינו ממון בדבר שיש לו שומא, וכל העולם נותנין סך הרבה עבור זה. רק דפלוגתייהו הוא אם טובת הנאה חשוב ממון וזכות בגוף החפץ. דמאן דס"ל ממון, חשוב כאילו יש לו ממון וזכות בגוף החפץ יכול להקנות הטובת הנאה במשיכת החפץ, ומאן דס"ל אינו ממון, היינו שאין חשוב ממון וקנין בגוף החפץ, רק זכות

וכתובת הנ"ל יש לומר דה"ד בחמץ שעבר עליו הפסח, דלדידיה ג"כ אינו שוה כלום, רק לפטור עצמו מן הנגזל, משא"כ קמיע דהוי גופו ממון לדידיה, אין נ"מ במה שאין שוה לאחריו. שו"ר סברא זו בתשובת השיב משה סוף סי' קח יעו"ש. ועיין בתשובת בית יצחק אה"ע ח"א סי' עג סק"ט שהשיב על הגאון שואל ומשיב שחייב לשלם מדין שומרים במי שהפקיד ריזועפאס אצל חבירו ונאבד, דלא דמי לשטרות דזה הוא כגופו ממון, ושטר שאני דעומד לראיה יעו"ש. ובבית יצחק כתב עליו דאפ"ה לא שייך שומרים כיון דאינו שוה רק לו ולא לאחר, כתוס' כתובות דף לד הנ"ל. ולהנ"ל יש לומר כיון דעכ"פ אצלו הוא שוה וצריך לו לגופו, אף שאינו שוה לאחר הוי ממון גמור, ולא דמי לחמץ שעבר עליו הפסח דגם אצלו אינו שוה כלום רק לפטור עצמו מן הנגזל, וצ"ע עוד בזה."

ובספר אבני החושן על חו"מ סי' שמ סק"א כתב - "בספר מנחת פתים ראיתי שמחלק בין קמיע ששוה לכל העולם בין שאין ראוי רק לזה אז הוי גורם לממון. וגם זה לא נהירא, וכבר כתבתי סי' שפ"ו דלא כתבו התוספות בדבר שאינו שוה לכל העולם הוי גורם לממון, רק בשור הנסקל דאין לו שום שיווי רק דיכול לפטור עצמו מהנגזל, אבל מה ששוה לדידי' ממש, ודאי דהוי ממון גמור."

והנה החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"א סי' פב כתב - "במפקיד גט שהוא שטר דאימעט מדיני שומרים, ולא נעשה ידו כידה". אך בתשובת חבל יעקב סי' כה תמה על דבריו, וכתב - "בגט לא שייך כלל לומר אין דין שומר בשטרות, דהא דאימעט שטרות מדין שומרים הוא מטעם דאינו דומה לפרט דאין גופו ממון, דעיקר הממון הוא החוב שהוא אצל הלזה, ובידו לא הוי רק הנייר ואין חשיבות בהנייר, רק החוב מה שכתוב בתוכו, והחוב אינו תחת ידו. אבל בגט אשה דעיקר הוא הנייר, והכתוב בו דהוא עושה הדבר שצריך, א"כ הופקד אצלו כל הממון והוא גופו ממון בודאי שייך בו דין שמירה. ואין לומר כיון דלא הוי ממון לכל העולם לא הוי ממון כעין שכתבו התוס' ב"ק דף עא: דעד כאן לא מחייב רבי מאיר אלא שורף שטרותיו של חבירו דממון הראוי לכל אדם הוא, דראוי למכור ולגבות בו, אבל שור הנסקל אינו ראוי אלא לשומר בלבד. וכן כתב הנתיבות בסי' קמח שהמזיק לאדם דבר דלא הוי ממון אלא לו לבדו פטור ... והראיות של הנתיבות המשפט לא זכיתי להבין ... א"כ גבי שומר נמי בודאי חייב היכא דלהמפקיד הוא ממון גמור אף שלעלמא אינו ממון ... אבל בדבר דהוי ממון ממש לגבי המפקיד כמו גט, אף דאינו ממון רק לבעל המפקיד, אבל לעלמא אינו שוה רק לצור על פי צלוחיתו, בכל זה כיון דלהמפקיד הוא ממון גמור והשומר משך זה הדבר גופא ומקבל שמירה בודאי יתחייב השומר, אף דלהשומר ג"כ אינו שוה כל כך."

והנה ראיתי בשו"ת הרד"ם סי' יג שדן בשאלה דומה לנ"ד, וז"ל - "המזיק לחבירו כתבי חדושים בחכמה שחידש

נראה שלא ניתן לחייב את הנתבע את הסכום הגבוה שהתקליטור שוה כעת עבור התובע, אלא מחוייב לכל היותר שקל אחד או שני שקלים כערכו של תקליטור חדש ריק.

אך יש לדון האם יש מקום לחייב את הנתבע בכך שבדבריו לתובע הביא בעקיפין למחיקת הגיבוי. אמנם הנתבע לא אמר לתובע שהוא יכול למחוק את הגיבוי, אך עכ"פ בעקבות דבריו שהתקליטור אצלו, התובע מחק את הגיבוי, ולאחר מעשה התברר שלדבריו אלו של הנתבע לא היו אחיזה במציאות, והתקליטור לא היה בנמצא.

היה מקום ללמוד דין זה מהדין המבואר במסכת בב"ק דף צט: בדין המראה דינר לשלחני ונמצא רע, דמבואר דדוקא באם אמר לו "חזי דעלך קא סמיכנא", ויעויין בשו"ע חו"מ סי' שו סעיף ו' שאם בחנם ראהו אין לחייבו אלא אם אמר לו "עליך קא סמיכנא", או שהיו הדברים מראים שהוא סומך עליו, ודוקא בכה"ג מחייבינן מדינא דגרמי.

השלטי גבורים לב"ק בסוגיא בב"ק שם (הובא באורים ותומים סי' קכ"ט ס"ק ג') כתב הטעם דהמראה דינר לשולחני אינו חייב עד שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא, משום שיכול להתנצל ולומר שלא דקדק כל כך, משום שחשב שכמו שהראה לו כן יראה את המטבע לאחרים, ולא חשש שירע את אומנתו בזה, וע"כ אינו חייב משום דינא דגרמי יעו"ש. ולפי זה ה"ה בנידון שלפנינו הנתבע יכול לטעון כי לא העלה על דעתו שדבריו יביאו ויגרמו את הנוק של מחיקת הגיבוי. אך יש לדון, דשאני הכא שלנתבע דין שומר, ועל פי כללי הלכות השומרים השומר מחוייב גם בנזק הנגרם בדרך של גרמא, אף בכה"ג שלא היינו מחייבים אדם אחר שאינו שומר.

ונקדים את המבואר בגמרא במסכת ב"מ דף צג: "רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר, בא זאב וטרף, ובא ארי ודרס ... מאי הוה ליה למעבד, היה לו לקדם ברועים ובמקלות. אי הכי, מאי איריא שומר שכר אפילו שומר חנם נמי, דהא מר הוא דאמר שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם חייב. שומר חנם בחנם, שומר שכר בשכר. ועד כמה עד כדי דמיהן. והיכן מצינו בשומר שכר שחייב באונסין, דהדר שקיל דמיהן מבעל הבית. אמר ליה רב פפא לאביי אי הכי, מאי אהני ליה מינה, נפקא מינה לכושרא דחיותא, אי נמי לטרחא יתירתא."

ופרש"י "לכושרא דחיותא, כושר הבהמות, שמכיר בהן כבר, ולמודות בביתו. לטרחא יתירתא, שלא יצטרך לחזור אחר הבהמות לקנות."

והנה בגמרא מבואר החיוב של שומר שכר לקדם ברועים ובמקלות על מנת למנוע הפסד של כושרא דחיותא וטרחה מבעל הבית, אך אין מבואר הדין כשהשומר נמנע מלעשות את המוטל עליו וחוייב בדמי הפקדון, האם בכלל זה חייב בתשלום כושרא דחיותא וטירחא. ובחי' הרמב"ן עמ"ס ב"מ (שם, הובא במגיד משנה פ"ג משכירות ה"ו) כתב - "נראה

מבחוץ הוא דוכי ליה רחמנא, ואינו יכול להקנות הטובת הנאה במשיכת החפץ ... וכן אינו יכול להקנות בחליפין ואגב קרקע רק חפץ ולא זכות מבחוץ, אבל קנין הנתפס בדבור כגון הקדש וחרם והפקר וביטול ודאי מועיל בטובת הנאה כמבואר בערכין".

ונראה להוסיף שדברי המקור חיים יפים לטובת הנאה הבאה מחפץ שאינו של הבעלים אלא של גבוה, כקדשים וכיוצא"ב. אבל במי שגוף החפץ בבעלותו, מהי"ת לדון את הטובת הנאה כדבר שחוץ לחפץ. הדבר פשוט שההנאה שיש לו מחידושי תורתו, הם תוספת לערך העצמי שיש לדפים עליהם הם כתובים, והכל יחד נישום כדבר בעל ערך רב לבעליו, ונקבע לערכו העצמי של החפץ עצמו. ואמנם לא ניתן לקבל את ערכו במכירתו בשוק, וערכו הוא רק עבור בעליו, אך מאחר שרבו החולקים על שיטת הנתיבות, נקטינן שיש להעריכו כפי ערכו לבעליו.

מסקנת הדברים היא - רבו החולקים על דינו של הנתיבות, וראיותיו נדחו, על כן יש לחייב את המזיק או את השומר בתשלום עבור חפץ השוה ערך רב לבעליו, למרות שאינו ראוי להמכר בשוק. ולעיל הבאנו מדברי המנחת שלמה שצידד לומר שאף הנתיבות לא אמר דבריו אלא כשקיימת רק זכות ממון ולא נאמרו שהזיק דבר שגופו ממון, שמשמע מסויים אין ניתן למוכרו בשוק.

ויעויין בדברי הנתיבות סי' רז סק"ח, ונראה שהחולקים על דינו של הנתיבות בסי' קמח עכ"פ יסכימו עם דינו בסי' רז, ואכמ"ל.

ויש לעיין, לדעת החולקים על הנתיבות, הסוברים שהערך של החפץ נמדד על פי ערכו לבעליו, כיצד ניתן להעריך חפץ בלא שקיימת אפשרות להעמידו למכירה בשוק, בו יקבע מחירו.

נראה שיש להעריכו בדרך זו - יש להעריך כמה אותו אדם ישלם עבור חפץ זה במידה והחפץ לא יהיה ברשותו ויחפוץ לקנותו. כגון במקרה בו יבוא גולן ויגזול אותו ממנו, בלא שקיימת לנגזל אפשרות להוציאו בדין, והגולן יסכים למכור את החפץ לנגזל.

לפי זה במקרה שקיים גיבוי לתקליטור הניזוק, או כשיש שני תקליטורים ורק אחד הופקד, או שקיים גיבוי במחשב לתקליטור שהופקד אצל השומר, אין לתקליטור הניזוק או לתקליטור המופקד ערך משמעותי. מאחר וגם אילו יבוא גולן לגזולו ואח"כ יבקש למוכרו לנגזל, הרי שהנגזל לא יסכים לשלם עבורו סכום גבוה, כפי ערך היצירה עבורו, כל עוד נמצא ברשותו גיבוי.

חיובו של הנתבע כשומר

בהתאם לאמור, במקרה שבפנינו בעת שהנתבע קבל לרשותו את התקליטור, היה גיבוי לתקליטור, וממילא ערכו של הפקדון היה ערך זעום המשקף את ערכו של תקליטור ריק. התקליטור אבד בטרם מחק התובע את הגיבוי, על כן

אך יש לדחות טענה זו. בנידון שלפנינו, בשעה שהתקליטור אבד, שהיא השעה בה נוצר חיוב הממון, עדיין לא היה לפקדון ערך גבוה. ואילו הטעיית התובע שהביאה לנוק הגדול, אינה מעשה הקשור למסגרת חיובי השמירה שלו, ונעשתה לאחר שכבר התחייב בחיוב תשלומין על האבידה, ומסתבר שבנסיבות אלו אין הדין נותן לחייבו בגרמא.

ונציין למש"כ בשו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' פח במי שכר מכונית ופשע בשמירתה ונהג שלא כראוי והמכונית ניזוקה, וכתב בפשיטות שניתן לחייבו בהוצאות שנגרמו לבעל המכונית שנאלץ לשכור מכונית אחרת לתקופה מסויימת. ובתוך דבריו כתב המנחת יצחק להגביל את חיובי השומר בנוקי גרמא, וז"ל - "יש לומר דשומר חייב אף בגרמא, וכמו שהביא לדוגמא מהא דפורץ גדר בפני בהמות חבירו, אבל כל זה נוגע לעצם ההפסד האויטא (המכונית), אבל לא מה שנגרם לו עי"ז תשלומין יתירים עבור אויטא (מכונית), אחר וכיב"ז".

מכל הנ"ל נראה כי בנידון שבפנינו, אין לחייב מדינא מכח חיובי שומרים. אך נציין לדברי המאירי במסכת ב"ק דף צט: שהוציא מההיא איתתא דאחויא דינר לרב חייא, ששלם רב חייא את הנוק לפנים משורת הדין. וז"ל המאירי - "ראוי לתלמידי חכמים ולאנשי מעשה לשלם כל נזק הבא מחמת דבורם ולעשות עם שאר בני אדם לפנים משורת הדין".

ובקצוה"ח לב ס"ק א בסופו כתב - "וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים ואילו עונש ודאי אית ליה, אפילו בגורם דגורם והוא פשוט".

החובה לשלם לאומן את שכרו כשפשע בשמירתו

יש לדון האם היה מוטל על התובע לשלם לנתבע את השכר המסוכם מראש עבור עבודתו, בנסיבות הנוכחיות שהתקליטור אבד, והנתבע לא הודיע על האובדן לתובע, אלא אדרבה הטעה אותו ובכך גרם לו בעקיפין לנוק של מחיקת הגיבוי. אמנם התובע כבר שלם לנתבע את שכר עבודתו, אך יש לדון שאילו היה יודע שלא יוכל לזכות בתביעה על עצם אבדן התקליטור מכח חיובי שמירה על אבדת התקליטור, והיה יודע כי יוכל לזכות בתביעה לפטור מתשלום שכר העבודה, היה נמנע מלשלם את שכר העבודה. ובנסיבות אלו התשלום נידון כתשלום בטעות שדינו להיות מוחזר.

ההנחה הראשונה העומדת בפנינו היא שהנתבע נידון כשומר על התקליטור שברשותו, וכל עוד לא התנה בפירוש כי אינו מקבל על עצמו חיובי שמירה, אינו יכול להפטר מאחריותו לשומר. אמנם הנתבע טען כי מקובל שאין מחזיקים חומר כזה לשמירה, אך התובע טען שלא ידע שהתקליטור לא יוחזק שמור כראוי, ועכ"פ אין דבר זה ידוע לכל והיה מוטל על הנתבע להודיע לתובע כי כך מקובל. מלבד זאת, טענת הנתבע בנקודה זו אינה ברורה. שהרי אילו

דשומר שכר שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות בשכר ולא קדם אינו משלם את כולה אלא מנכין לו שכר, ואם לא היה יכול לקדם אלא בכדי דמיהן אינו משלם אלא שומת כושרה של בהמה, א"נ דמי טירחא, וצ"ע".

ומאי דמספקא ליה להרמב"ן, פשיטא ליה להטור. וז"ל הטור חו"מ סי' שג - "באו לסטין עליו או ארי ודרס אם אפשר לו לקבץ רועים שיעזרו לו להציל חייב לקבצם וליתן להם שכר עד כדי הבהמה, וחוזר ולוקח מבעל הבית מה שנתן להם, ואם לא עשה כן חייב ושמין כמה שוה הבהמה יותר ממה שצריך ליתן לרועים שסייעוהו, ואותו מותר חייב לבעל הבית. ואם היה צריך לשלם להם כל דמי הבהמה, צריך לשלם לו דמי טירחא שצריך לטרוח ולקנות בהמה אחרת".

והנה נתיבות המשפט בסי' שג סק"ח תמה על דברי הטור - "דהא אפילו לסטים מזויין וגולן אינו חייב לשלם אלא דמי שוויו ולא יותר".

אך כתב על דבריו בספר ערך שי (שם סי' שג ס"ח) - "ומה שהקשה הנתיבות מגולן, לא ראיתי מפורש דאין צריך לשלם הטרחא. אך בלא"ה שאני שומר דבעלים סמכו עליו. תדע דפורץ גדר לפני בהמת חבירו פטור, ושומר חייב. וסוגר בית חבירו ואינו מניחו להשכירו פטור, והשוכר בית מחבירו ולא הודיעו חדש לפני צאת השנה שיצא, צריך לשלם לו שכירות שנה שניה, אף שלא ידור בו, וכדאיתא בסי' שי"ב. וכן הבאתי שם מריטב"א פרק איזהו נשך דף עג".

וכן בספר אולם המשפט חו"מ סי' שג ס"ח כתב - "ואם לא עשה כן חייב, עיין טור דהיינו דמשלם לו דמי טירחא וכושרא דחיותא, והקשה הנתיבות דהא לא גרע מגולן דאינו משלם אלא שווי החפץ למכור. ולענ"ד כבר כתבו התוספות בכמה דוכתי דמה שאינו שוה אלא להאי גברא ולא לכו"ע אינו אלא גורם לממון, וקיי"ל דלא מחייב. וא"כ ה"נ הכושרא דחיותא והטירחא, אין השווי אלא להאי. ומשום הכי גולן ודאי פטור, אבל גבי שומר מבואר בכמה דוכתא דגם גורם חייב וכדין שותפין לעיל סי' קע"ו דחייב לשלם גם מה שהיה ראוי להרויח ע"ש ודו"ק".

מבואר מדבריו דאף דאזיל בשיטת הנתיבות סי' קמח, אפ"ה העלה דבשומר יש לחייבו יותר ממזיק ומגולן. וכן מבואר בדברי הערך שי, ששומר חייב אף על נזק שארע בדרך של גרמא.

היה מקום לומר על פי שיטת הטור, וכפי שהתבארה בערך שי ובאולם המשפט, שיש לחייב את השומר שפשע בשמירתו בכל נוקי גרמא הנובעים מפשיעתו. ולפי זה כפי שהשומר מחוייב בתשלום כושרא דחיותא והוצאות שכר טרחה שהוציא לצורך קניית בהמה חדשה, ה"ה בנדון דידן הנתבע יחוייב בנוק שנגרם לתובע עקב האבדה וההטעייה שהנתבע הטעה את התובע כשהודיעו שהפקדון אצלו בשעה שלא היה אצלו. למרות שנוק זה יוגדר בגדר גרמא בנויקין בלבד, יש לדון לחייבו, דהא מצינו שהשומר מחוייב בתשלום נוקי גרמא של שכר טרחה לקנות בהמה אחרת.

אלא שמסוגיא זו אנו למדים לשומר שכר שכל תפקידו לשמור, מאחר והשמירה לא הועילה, והפקדון אבד, על כן אינו זכאי לקבל שכרו. אך יש לדון מה דין אומן שעשה מלאכתו, ושכרו משולם עבור מלאכתו, האם יפסיד את שכרו במקרה שהחפץ אבד לאחר גמר מלאכתו. וכן יש לברר הדין בכה"ג שעפ"י דין אין לחייבו בגנבה ואבדה, וכגון בשמירה בבעלים.

בספר קצות החשן סי' שה סק"ב הביא מתשובת חוט המשולש (הטור השני סי' כד) שכתב בדין מי שנתן לאומן לעשרה משקלי זהב שיעשה מהם אצדעה אחת, ובסיום תשובתו העלה - "אמנם מצד מה שנתעסק עמו במלאכה, נראה פשוט דהויא שמירה בבעלים. שהרי קודם שקבל ממנו הזהב ונתחייב בשמירתו כבר היה שמעון שאול לו, שקבל ממנו הברדולח והאבנים טובות וישב אצלו והתחיל לסייעו, ואז קבל מידו הזהב. והנה עשיית החפץ ההוא הוא כולו לתועלת ראובן ואין לשמעון בו שום תועלת, א"כ דבר פשוט הוא דהוי פשיעה בבעלים לפטור, דהכי אפסיקא הלכתא וכן פסקו כל הפוסקים, נמצא שראובן אפילו חשבינן ליה לשוכר גמור והיה פושע בשמירת החפץ היה פטור, ומה גם דאפילו ש"ח לא הוי כמו שהוכחנו לעיל. ומאחר שהוכחנו שהוא פטור, נראה פשוט שחייב שמעון לשלם לו דמי פעולתו בדינא ובדייני, וזהו מה שנלע"ד כפי הדין".

וכתב הקצות החשן על דבריו - "ונראה דאע"ג דשמירה בבעלים פטור אפילו מפשיעה, אבל שכרו מיהא מפסיד דלא גרע מעבדים ושטרות והקדשות דנשבעין ליטול שכרן כמבואר בפרק הזהב והוא בטור ושו"ע סי' שא סעיף א'. וכל שלא שמר כראוי מפסיד שכרו ואפילו בשמירה בבעלים ... היכא דנתן לו שכר לשמור, א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה, אבל שכרו מיהא מפסיד, כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר. אבל אומן שנוטל שכר עבור מלאכתו אלא דהוא ממילא שומר שכר כמו שוכר כיון דנהנה וכמ"ש בסי' שו סק"א, וא"כ כיון דעשה מלאכתו מלאכת אומן ונאבד בענין שהוא פטור, כגון שהיו בעליו עמו א"כ הו"ל כמו חזרה ליד בעלים וכאילו נאנס דהו"ל כמו חזרה ליד בעלים וצריכין לשלם שכרן. והתם סוף פרק הזהב דף נח דאמרו אגרייהו מיהא לפסדינהו פי' רש"י ז"ל אגרייהו מיהא ליפסדי שהרי נשתעבדו לשומרן מגנבה ואבדה, ועל מנת כן היו נוטלין שכר, והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל. אבל הכא כבר השלים המלאכה אלא שאחר כך נאבד, וכיון דהוא פטור צריך לשלם השכירות. ואכתי צ"ע כיון דקיי"ל אין לשכירות אלא לבסוף והיינו לאחר חזרה כמבואר בתוס' פרק הגזול דף צח, ונהי דאונסין הוי חזרה אבל פשיעה דלא הוי חזרה, נהי דפטור, כיון דהשלמת המלאכה הוא עד לאחר חזרה היה לו לשומרו".

מבואר מדברי קצות החשן ששאלת זכותו של האומן לקבל את שכרו תלויה בשאלה האם האומן עשה את

כדברי הנתבע הרי שבעת שהתובע בקש מהנתבע את התקליטור, היה עליו לומר שהוא אינו ברשותו, וכמקובל שלא לשמור חומר כזה. בתגובתו של הנתבע באומרו שהתקליטור אצלו והוא יחזיר אותו לתובע, הוכיח שיש מקום לשמירה כזו, ועכ"פ לא ניתן לקבל את הטענה כי זהו מנהג ברור וידוע לכל שלא לשמור על תקליטור. וכל עוד הדברים לא נאמרו בפירוש, הדרינן להלכה המקובלת ונפסקה בשו"ע חו"מ סי' שו ס"א שכל האומנים שומרי שכר הם. וכל עוד לא התנו בפירוש שאינו מקבל עליו שמירה, האומן נידון כשומר. שהרי אם נדון כל מקרה לגופו ויהא מוטל עלינו לברר בכל מקרה לגופו האם האומן גילה בדעתו שמקבל עליו חיוב שמירה, הרי פשיטא שכל אומן יעדיף שלא להתחייב בכך. אלא ודאי בעל כרחו דיינינן ליה כשומר.

ומכיון שכן, ובצירוף שהנתבע לא שמר כראוי על התקליטור ונמנע מלהודיע על האובדן לתובע ובכך גרם בעקיפין לנזק שארע, יש לקבוע שהנתבע לא מלא כראוי את חובתו כלפי התובע. בנסיבות אלו יש לדון האם התובע היה מחוייב במלוא שכר העבודה המסוכם.

במסכת בבא מציעא דף נז: - "בני העיר ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו, אם משנתרמה התרומה נשבעין לגזברין, ואם לאו נשבעין לבני העיר, ובני העיר שוקלין אחרים תחתיהן ... אמר רבה נשבעין לבני העיר במעמד גזברין, כי היכי דלא נחשדינהו. ואי נמי כי היכי דלא לקרו להו פושעים. והא נגנבו או שאבדו קתני, ושומר שכר בגניבה ואבידה חיובי מיחייב, והכא נמי נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד".

הרי מבואר הדין בשומר שכר, שאף אם אינו מחוייב בתשלום מכח דיני השומרים, כגון בשומר מעות הקדש, שהתמעטו מדיני שומרים, עכ"פ אם המעות אבדו, השומר אינו זכאי לתשלום שכרו, שהרי למעשה לא שמר כראוי. וכתב שם בחי' הריטב"א (החדשים) - "אגרייהו מיהא לפסיד. פי' דהא להכי יהבו ליה אגרא דליטרינהו מגנבה ואבדה, וכיון דלא נטרינהו מגנבה ואבידה לית להו אגרא. ואפילו קבלוהו כבר, יש להם להחזירו, וכ"ש שאין נותנין להם שכרם עכשיו".

וכן בשו"ת מהר"י אסאד ח"ב סי' ריא כתב - "אפילו לולי גזה"כ לפטרן בהקדש, שהיו משלמין בחזרה דמי הפקדון, נמי דינא הכי דלפסדי שכרן מה"ט דפי' רש"י לפי שע"מ לשמרן מגו"א היו נוטלין שכרו והרי לא השלימו מלאכתן, אא"כ החזירו את החפץ הפקדון בעיני, דרוצה ביותר בקב שלו. והכי משמע לענ"ד מלישנא דהש"ס הנ"ל דאמר והכא נמי נהי דשלומי לא משלמי וכו' משמע דלא מבעי' אי מחייבו לשלם ודאי קשי' אגרייהו לפסדי אלא אפי' דפטורים משלם מכ"מ קשיא הא, וכן משמעות לשון הרא"ש והשו"ע הנ"ל, ומ"מ שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי, ולא כתבו ג"כ או עד שישלם לו דמי הפקדון, ע"כ משום דגם אם משלם לו דמיו נמי מפסיד שכרו כיון שלא שמר כראוי".

מלשלים שכר השמירה לשומר, בכל זאת כיון דהעיקר תלוי בביטול הקציצה, מה לי אם התועלת היוצא מזה הוא למפקיד או לשומר דהלא בכל אופן יהיה נוגע למי שיהיה הלא גוף קציצת השכר שביניהם הוא בטל.

העולה מדברינו - במקרה שאבד או נגנב מהאומן דבר השייך לבעל הבית, והיה על האומן לשומרו ופשע בשמירתו, יש לקבוע שהסיכום המוקדם על גובה שכרו של האומן בטל, ואינו מחייב את בעל הבית, מפני שבעצם האובדן שארע בפשיעת האומן, האומן לא השלים את מלאכתו כראוי, ובטלה הקציצה, ועל דעת כן לא התחייב לשלם. ובנסיבות אלו יש לקבוע מחדש את השכר המתאים לתשלום כאלו האומן עשה את המלאכה מעצמו, וכדין היורד לשדה חבירו ונטעו שלא מדעתו, ובשדה העשויה ליטע.

במקרה שבפנינו התובע שלם לנתבע את השכר שהתבקש לשלם, אך היינו מפני שסבר שיקבל פיצוי מלא כערך התקליטור עבורו, ובהתאם לשעות העבודה שהשקיע בעבודה זו, כפי שפרט בכתב התיבעה בתיק שלפנינו. אך לפי מסקנתנו שהעלנו שלא ניתן לחייבו כמבוקש, ומאידך האומן אינו זכאי למלוא שכרו, הרי שהתשלום ששולם בזמנו היה בטעות, ועל הנתבע להחזיר את אותם סכומים ששולמו מעל לסכום המתחייב.

מסקנת הדברים

במקרה שבפנינו, הנתבע נהג שלא כהוגן בכך שלא הודיע בפירושו לתובע שאין אחריות שמירה על התקליטור הנמסר לבית הדפוס, ולאחר שהתובע בקש לקבלו, היה על הנתבע להודיעו שמקובל שלא להחזיר חומר כזה, וכי עליו להסדיר גיבוי מתאים לחומר שברשותו. במקום זאת, הנתבע הביא למצב שהתובע האמין שהתקליטורים שמורים אצלו ויוכל לקבלם, ועקב כך התובע מחק את הגיבוי.

בהתנהגותו הזו גרם הנתבע לתובע נזק, וגם אם לא ניתן לחייבו על פי דיני הנוזיקין, כל עוד הנתבע לא הודיע לתובע בפירושו שיוכל למחוק את הגיבוי, עכ"פ הנוק ארע בעקבות המעשה שלקה בחוסר הגינות בולט, ויש מקום לקבוע כי מלפנים משורת הדין עליו לפצות את התובע, והבאנו שלדעת קצות החשן, גם במקום שאינו בגדר גרמא בנוזיקין המחוייב בדיני שמים, אלא רק בגדר גורם דגורם, עכ"פ המזיק עלול להענש עקב גרימת הנזק.

מלבד זאת, בנסיבות אלו שהנתבע לא עשה את המוטל עליו, אילו היו מראש קוצבים את שכרו, קציצה זו היתה בטלה עקב אי עמידת הנתבע במה שהוטל עליו. במקרה שלפנינו כפי הנראה התשלום נעשה שלא בהתאם לקציצה מוקדמת, אלא בהתאם לקביעת מחיר שקבע הנתבע בסיום פעולתו, ועל כן אין נ"מ בביטול הקציצה למפרע, אך עכ"פ יש לקבוע כי התשלום המלא ששולם לו לא היה מחוייב, והיה מקום מלכתחילה לקזו סכום מסויים עקב האובדן. ונראה שיש לחייב את הנתבע בתשלום סך 750 ש"ח.

מלאכתו והשלימה או לא, ואם עשה מלאכתו והשלימה, מקבל שכרו, ואם בעצם האובדן התברר שלא השלים מלאכתו כראוי, הפסיד שכרו.

ובנתיבות המשפט סי' שה סק"א כתב - "בקצות החשן נסתפק באומן בבעלים ונגנב אי יכול לתבוע דמי שכירותו דהא בקרקע אף דפטור משומרים מ"מ מפסיד שכרו וא"כ ה"ה הכא, או דילמא כיון דהשכירות לאו דמי שמירה הוא, רק שכר אומנותו אינו מפסיד כשנגנב ע"ש. ולא ידענא שום ספק בזה, דהא בב"מ דף נח גבי בני העיר ששלחו שקליהן, דאמר להפסיד שכרן. אף דשם הוי שכר שליחות ולא שכר שמירה, ואפ"ה מפסיד כשנגנב. א"כ ה"נ מפסיד שכר אומנות כיון דקיי"ל דשכירות אינה משתלמת רק לבסוף כשנתנו לו כמ"ש התוס' בב"ק דף צח ע"ש, והרי לא גמר מלאכתו כשלא החזירו מחמת שלא שמרו מגניבה, ופשוט".

הנתיבות בסי' שסג סק"ג חזר על שיטתו וכתב - "נסתפקתי באומן כגון שנתן לו שעורין לעשות שכר ועבר עליו הפסח בפשיעתו אם מפסיד שכרו. ונראה דמפסיד לא מיבעיא למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי ודאי דמפסיד, דשלו הפסיד, אלא אפילו אי אין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ דמי להא שכתבתי לעיל בסי' ש"ה בשכר שליחות דמפסיד בגניבה אפילו היה בבעלים ע"ש, וא"כ ה"נ כיון דדין מזיק יש לו, רק בהיזק שאינו ניכר פטור מלשלם, אבל שבח הפסיד דלא נגמר שכירות עד שמחזירה, ע"ש בסי' ש"ה".

ויש מקום לדון על פי דברי הקצות והנתיבות, בנידון דידן שהנתבע לא השלים את מלאכתו כראוי, במה שלא החזיר לתובע את התקליטור שהיה מחוייב לשומרו, ומכיון שכן, אינו זכאי לקבל את מלוא שכרו. אך עדיין יש לדון האם האומן זכאי למקצת שכרו, ואם כן, יש נברר כיצד להעריך את השכר המחוייב להיות משולם.

והנה בספר יד המלך על הרמב"ם (בסוף הספר בהשמטות להלכות שכירות פרק ב' הלכה ב') כתב להוכיח מרש"י בב"מ דף נח (שהובא לעיל בדברי הקצות) שבשומר שכר שלא שמר כראוי ונגנב או שאבד, אף ששלם דמי הפקדון כמחוייב, עכ"פ הפסיד שכרו, מאחר שהשכר משולם עבר שמירה כראוי, והלה לא שמר כראוי. והביא מהשטמ"ק עמ"ס ב"מ דף עח. גבי השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה ומתה חייב, "וכתב השטמ"ק וז"ל והא דתני דאם מתה חייב פרש"י דחייב באונסין, ופטור משכרה דכיון דשינה בטל קציצתו ושכירתו, והו"ל כתוקף ספינתו של חבירו שלא מדעתו ועשה בה מלאכה דאמרינן בהגוזל דרצה שכרה נוטל ורצה פחתה נוטל, והכא כיון דמשלם כל דמי שוי החמור אין לך תשלומי פחת יותר מזה ע"כ. הרי לנו בפירושו, דאף בשילם השומר חיוב תשלומי התורה בכל זאת בטלה הקציצה ותנאי השמירה שביניהם, וממילא אין כאן מקום לתשלומי שכר שמירה. ואף דהתם הוי תועלת ביטול הקציצה לשומר דהוא פטור על ידי כן לשלם דמי השכירות. ובנידון שלנו הוי תועלת ביטול הקציצה למפקיד דהוא פטור

ולדעתו לא ניתן לשחזר את החומר כנדרש. עכ"פ גם הנתבע סבר שראוי לחייבו בעלויות של שלושה ימי עבודה).

(יצויין שבסיום הדיון השני, הנתבע הסכים להעמיד פועל שישחזר את החומר האבוד, גם אם הדבר יעלה עבורו בשלושה ימי עבודה. והתובע הודיע כי אינו חפץ בכך מאחר

סימן כז

הרחבת הדירה מעל "מרפסת סוכה" המונעת בניית הסוכה

כ"ג אדר תשס"ז

זו. וכן משמעות שו"ת מים חיים חו"מ סי' ז' שהביא הפת"ש סי' קנד ס"ק טו, ודלא כדעת הסמ"ע בסי' קנג ס"ק לב.

במסכת בבא בתרא דף ו: - "אמר רבינא האי כשורא דמטללתא, עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה. ואי סוכה דמצוה היא, עד שבעה יומין לא הוי חזקה, בתר שבעה יומין הוי חזקה. ואי חבריה בטינא, לאלתר הוי חזקה".

ופסק הרמב"ם בהלכות שכנים פרק ח' הלכה ז' - "ואם חיבר ראש הקורה בכותל בטיט, מיד החזיק, והוא שיביא ראיה שראובן סייע עמו או ראה ולא מיחה". וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' קנג סעיף יז.

לפי זה לכאורה, היה מקום להורות שהתובע זכה בחזקתו להשתמש במרפסת שבנה, כסוכה לכל שנה, דלא גרע מחיבור בטינא, והנתבע אינו רשאי לבנות בניה שיש בה כדי למנוע מהתובע להמשיך בחזקתו. אך עדיין יש לברר שתי שאלות -

א. האם נידון דנן יחשב כ"חזקת תשמישין" בלבד, או יחשב כ"חזקת קרקע". שאם יחשב כחזקת קרקע, הרי אין לתובע טענה שקנה את זכותו לבנות שם את המרפסת.

ב. האם אמנם בניית הסוכה על ידי התובע במרפסת במשך מספר שנים, זיכתה את התובע ב"חזקת תשמישין".

א. יש מקום לדון מהו הגדר הקובע את החילוק בין "חזקת תשמישין" ובין "חזקת קרקע". הדבר פשוט שהתופס שטח קרקע של חבירו וטוען לזכויות בגוף הקרקע, זוהי "חזקת קרקע", ואילו חזקת תשמישין היא, כפי המבואר בטור ריש סי' קנג שכתב - "יש חזקה שאינה לגוף הקרקע, אלא להשתמש בדרך שהחזיק להשתמש, וכאשר יסיר תשמישו ישאר המקום פנוי לבעליו".

יש לדון האם בנידון דנן, בבניית המרפסת נידון כמי שנטל לעצמו את גוף הרכוש של כלל השותפים. או שבניית ריצפת המרפסת והמעקה, מצד התובע, דומה לחיבור הקורה בטינא בלבד, מפני שהתובע רק בנה את המרפסת, שהיא כעין קורה רחבה, וחיבר אותה למעטפת החיצונית של הבניין, שהיא רכוש משותף של כל הדיירים, ואינו מחסרם בשימוש במקום זה, שהרי חלק זה של המעטפת שבה נעץ את המרפסת אינו ראוי לשמש לאחרים כלל.

עיינ בספר עליות דרבינו יונה ב"ב ו: בדבריו שהביא את שיטת הרמב"ם כתב בלשון זו - "ויש רבותינו וצ"ל שהם

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי התובע המבקש למנוע מהנתבע לבצע הרחבת דירתו.

הצדדים גרים בבנין משותף, התובע גר שלש קומות מתחת לנתבע. לפני מספר שנים התובע בנה מרפסת בסמוך לדירתו, מרפסת שבעיקרה מיועדת לסוכה בחג סוכות, ולעיתים רחוקות משמשת לשבת בה וכיוצ"ב. כעת הנתבע מבקש להרחיב את דירתו, ולבנות חדר נוסף מעל המרפסת של התובע. התובע מבקש למנוע ממנו הרחבה זו מפני שבבנייה זו הנתבע יוצר גג מעל המרפסת ומונע מהתובע את בניית הסוכה.

למעשה כל צד טוען למימוש זכותו. התובע טוען למימוש זכותו, שיוכל להמשיך להקים סוכה לחג סוכות במרפסת, כפי שנהג מספר שנים, ותובע למנוע מהנתבע חסימת האויר שמעל המרפסת. מאידך, הנתבע טוען למימוש זכותו להרחיב את דירתו, הרחבה הנחוצה עבורו עקב צפיפות המגורים בביתו.

הנתבע מודה שבעת בניית המרפסת שתק ולא מיחה, אך גם לא הביע הסכמה, אלא רק אמר שבעתיד ירצה לבנות מעליו. יצויין שבאותו מועד הנתבע לא היה בעל הדירה אלא גר בדירה זו כשוכר בלבד, ולא היה רשאי לבנות ולהרחיב את הדירה, ולא היתה משמעות למחאתו, מפני שכל עוד הוא אינו בעל הבית אינו יכול למחות, אך בשנה הנוכחית בחדש תשרי, הנתבע כבר היה בעל בית בדירה והיה יכול למחות.

עלינו לברר האם התובע רשאי למנוע מהנתבע את הבניה, מפני שהחזקת להקים סוכה במרפסת שבנה, חזקה שתחשב כ"חזקת תשמישין".

בחזקת תשמישין נחלקו ראשונים. לפי שיטת הרמב"ם והגאונים לאלתר הוי חזקה וללא טענה, מפני שאנו אומרים מדשתק ודאי מחל. ואינו דומה לחזקת קרקעות דבעינן ג' שנים, ובעינן טענה שטוען שקנה או ירש. משא"כ בחזקת קרקעות, קיי"ל כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה.

לעומת זאת לשיטת התוס' והרא"ש, גם בחזקת תשמישין בעינן ג' שנים וטענה.

בשו"ע חו"מ סי' קנג סעיף יז פסק כרמב"ם והגאונים. וכן דעת הרמ"א סי' קנה סעיף לה שהכריע להלכה כדעת הרמב"ם, אליבא דהט"ז וביאור הגר"א, שבארו שיטת הרמ"א, שדעתו להכריע כן בכל המקומות שהביא קודם לכן פלוגתא

בנידון דידן, בודאי לעניין גוף בניית המרפסת, יחשב כחזקת קרקע, שהרי התובע בנה את המרפסת על מנת שתהיה שלו בלבד בלא שותפות הדיירים בבניין, והוא נוהג בה מנהג בעל בית. וכיון שכן, אין די בשתיקת השותפים, שהיא כמחילה בלבד, ויש הכרח בקניין גמור וכפי שקרקע נקנית, קניין שיעשה בהסכמת בעלי המקום העומדים במקום המקנה.

אך יתכן שאם בעלי המקום, דהיינו השותפים, אינם תובעים את התובע דנן, ואינם מבקשים שיסיר את המרפסת, אין מוטל עלינו להיכנס לשאלה זו, ויש מקום לדון בנפרד על זכותו לחזקת תשמישין לבניית סוכה, מכח החזקה, שהורגל בבניית הסוכה במקום זה, שאינו שייך לו כל עוד לא קנאו כדן, ולעת עתה יחשב כחצר השותפין, מכיון שבנה את המרפסת באויר חצר השותפים, וחיבור למעטפת הבניין השייכת לכלל השותפים.

אמנם רשאים השותפים בעלי הדירות שבאותו בניין, לדרוש מהתובע שיחזיר את המצב לקדמותו ויטל את הבנייה שנבנתה בלא רשותם. אך כל עוד אינם תובעים כן, ולמעשה התובע נשאר עם המרפסת שבנה, יש במעשי התובע שתי חזקות, האחת היא חזקת קרקע בגוף בניית המרפסת, והשניה היא חזקת תשמישין בשימוש באויר לצורך סוכה. אמנם חזקת הקרקע של התובע היא ללא טענה, ולא זכה בה בלא קניין המועיל בהסכמת כלל השותפים, אך ביחס לחזקת השימוש באויר שמעל המרפסת, לכאורה, התובע יכול לטעון שהחזיק באויר שימש עבורו כמקום לבניית סוכה בלא שיופרע על ידי שכן מעליו שיחסום את האויר שמעל המרפסת.

בהתאם להבחנה זו, יש לברר האם יש מקום ל"חזקת תשמישין" בשימוש ארעי שאינו מפריע לאיש, והשימוש לכשעצמו אינו אמור להביא למחאה.

לעיל הבאנו מדברי הגמ' ביחס לשימוש סוכה, וחיבור הקורה בטינא, אך שם הסוכה נסמכת על כותל חבירו, והיה מקום שחבירו ימחה, ולכן המחילה מוכחת מהעדר המחאה. אך במקרה דנן לא היה מקום למחאה מצד גורם כלשהוא כנגד סוכה הבנויה על המרפסת של התובע, ולכן אין ראייה למחילה המבססת את חזקת התשמישין.

נראה שבהקמת סוכה לצורך חג הסוכות, אין לתובע חזקת תשמישין המקנה לו זכות הקמת סוכה כך שתימנע מהנתבע האפשרות לחסימת האויר מעל הסוכה. יש ללמוד זאת משיטת הרא"ש שהביא השו"ע סי' קנד סעיף טז במי שפתח חלון לחורבתו של חבירו דכיון שאינו מזיקו רשאי לפתוח את החלון, וכיון שהלה אינו רשאי לעכב עליו, אין לו חזקה בפתיחת החלון, ולאחר שחבירו יבנה את החורבה, יוכל לכפותו לסותמו או להאפיל עליו בבניה כנגדו, ולדעת הרשב"א הראב"ד והריב"ש יכול למחות בו מעיקרא, שלא יפתח חלון כדי שלא יזיקנו בעתיד, וכיון שכן מכיון שיכל למחות, אם לא מחה בעל החלון החזיק בשימוש. ולשיטת

אומרים דטענת סבלנות מועלת בשופכי וכשורי, וחזקה שאין עמה טענה דלא מהניא, דוקא לענין חסרון קרקע, אבל היכא דליכא חסרון קרקע, אלא סבל שעבוד ותשמיש, כגון בחזקת שופכי ושורי, חזקה היא".

ובריב"ש סי' תעא כתב – "וכן ידעת, מה שהסכימו הגאונים ז"ל שחזקת החלונות, והזיוין, וכל כיוצא בהן, מדבר שאינו גול גוף קרקע, אלא נזק לבד, כגון סמיכת הקורות וגפת חבל, וסיד. וכל נזקי פרקין דלא יחפור, ומרזב, ומזחילה, ודכולהו נטפי, ושופכי, אינן חזקת שלש. אלא מכי מבריר הזיקה, ושתק, מחל".

ולדבריהם, עדיין יש לדון בנד"ד, האם בניית המרפסת שלא ברשות תחשב חסרון קרקע וגזילתה, או "סבל שעבוד ותשמיש" גרידא.

אך בחידושי הרשב"א מצינו תוספת ביאור בהלכה זו. הרשב"א בחי' למסכת בבא בתרא דף כח: כתב – "כיון ששתק כולי האי אחולי אחיל גביה, וכענין שאמרו הגאונים ז"ל בכל דבר שאינו מחסרו קרקע דטענת סבלנות מהניא ליה ומדין מחילה ... ה"נ נימא דשתיקתו היינו מחילה ותיקום ברשותיה דהאי, וי"ל דקרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה, ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת, ואלו אמר לי' שדי מחולה לך לא אמר כלום, כ"ש מחילה מתוך שתיקה, אבל שעבודין שיש להן חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל נקנין הן במחילה, שאלו הוציא זיו על חצר חברו וא"נ שנעץ קורה בכותלו יכול הוא למחול לו שלא יסלקם משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמוחל על השעבודים, וכן נמי אכילת פירות אחר שאכל את הפירות הרי חזר על האוכל לחוב בעלמא ויכול הוא למחול מה שאין כן בגופו של קרקע", עכ"ל הרשב"א, וכעין זה בחי' הר"ן בקצרה.

לפי המבואר בדברי הרשב"א, גדר הלכה זו נקבע על פי דרך הקניין באותם מקרים שבהם הכל נעשה בהסכמה. דהיינו, באותם מקרים שיש צורך בקניין גמור, היינו כסף שטר או חזקה, ומחילה בלבד אינה תחליף לקניין, אם ירד למקום בלא קניין המועיל, נכנס לגדרי "חזקת קרקע" ולא תועיל המחילה כתחליף לקניין. אבל במקרים שבהם די במחילה כדי להתיר את השימוש במקום, הרי שאם השתמש והלה ראה ושתק, יחשב כמחילה, ודי בכך.

וכן עולה מדברי נתיבות המשפט סי' קמ"ט כ', ח"ל – "שאני הכא דאחר רוצה להחזיק בגוף הקרקע שהרי רוצה להשתמש בו עולמית ושבעה"ב לא ישתמש בו כלל, ולכך בעינן חזקת ג' שנים וטענה. משא"כ בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לענין שיהיה יכול להעמיד בהמות, דכיון שהחצר עשויה לכניסה ויציאה דרך השותפין להקפיד על העמדת בהמות כמ"ש התוס' בב"ב דף נ"ז: בד"ה בשותפין, שבזה הוי שתיקה מחילה מיד כמו מחילת שעבודין, אבל אם השותף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד, דינו כאחר דבעי ג' שנים וטענה".

בחצר בניין קבע, כגון מחסן או חדר. אך עכ"פ ביחס לבנייה ארעית כסוכה, כל שותף רשאי לבנות סוכה לימי החג, ואינו זקוק להסכמת השותפים, מאחר וזו בניה ארעית לשבעה ימים בלבד. הוראה זו מבוארת בספר בגדי ישע או"ח סי' תרל"ז סק"ג שכתב, וז"ל - "מאחר שיש לו שותפות בקרקע וכל שותף יכול להשתמש בשלו, אך אינו רשאי לעשות בנין קבע, כמ"ש בחו"מ סי' קמ"ט, וכאן אינו עושה בנין קבע רק לסוכות החג, מותר אפילו לכתחילה", עכ"ל.

יתירה מזו כתבו בספר פסקי דין רבניים חלק ה' עמ' 158 - "ההנחה הפשוטה והמושכל הראשון, שאין דרכם של בני ישראל להקפיד אחד על משנהו בהקמת סוכה דמצוה, גם כאשר בגלל זה יסבול קצת באותם הימים מהזיק ראייה או האפלת אור וכדומה".

על כן, מכיון שכל אחד מדיירי הבניין רשאי להקים בחצר סוכה לצורך חג הסוכות, ושותף אחר שאינו ניזוק מכך, אינו רשאי למחות בו, מאחר שזו בניית עראי בלבד, וכהוראת הבגדי ישע. (רק אם בנה את הסוכה על שביל המיועד למעבר וכיוצ"ב, רשאים למחות בו ולסלקו). על כן אין בבניית סוכה כדי ליצור חזקת תשמישין, חזקת שמכוחה הוא יבקש למנוע חסימת האויר מעל הסוכה או אף למנוע מדייר שקדם ובנה סוכה באותו מקום. ואין חילוק בין בניית סוכה פעם אחת, או במשך כמה שנים.

הטעם הוא מפני שחזקת תשמישין יסודה במחילת השותף שבחלקו הוא משתמש, כמבואר לעיל, והמחילה נוצרת כשאדם מוחל על זכות קיימת. ואילו היה חפץ, היה נמנע מלמחול, ואם אע"פ כן הוא מוחל, זכה השני בחזקתו. משא"כ במקרה שהשותף שכנגדו לא היה רשאי למחות, ממילא אין שתיתקנו יכולה להביע מחילה. עיין מש"כ הרא"ש בתשובה (כלל צח סי' י', שהביא הטור חו"מ סי' קנר) "ולא היה לוי יכול למחות בו שיסתום אותם וכל מקום שאין מחאה אין חזקה", וכן בסמ"ע סי' קנר ס"ק מה, ובשאר פוסקים.

אמנם אם אחד הדיירים ריצף במרצפות שטח בקרקע החצר, ועל שטח זה בנה סוכה, והמרצפות נשארו במקום זה בקביעות, והחזקת לבנות סוכתו באותו מקום, הרי בנסיבות אלו, מכיון שהיה מקום למחאת שאר השותפים על בניית המרצפות, אם לא מחו, זכה בחזקת תשמישין, ודמיו לחיבור בטינא דלאלתר הוי חזקה, (אליבא דהרמב"ם והגאונים) כמבואר לעיל.

אבל בנידון שבפנינו, לא היה מקום שאחד מהשותפים בבניין ימחה בתובע דגן עקב בניית סוכתו במרפסת שהוציא, כל עוד הסוכה אינה מזיקה לאיש ואינה מפריעה, על כן התובע לא זכה במקום זה בחזקת תשמישין לבניית הסוכה. ואילו ביחס לבניית המרפסת גופא, בארנו שנכנס לגדר חזקת קרקע, שאינו זוכה בה בלא קניין מוכח או טענה וחזקת ג' שנים.

אמנם הדבר פשוט שאדם הקונה דירה שיש בה מרפסת פתוחה לסוכה, הרי שעל דעת כן נכנסו השותפים למגורים במקום זה, שכל אחד שקנה מרפסת סוכה, יוכל להשתמש בה

הרמב"ן אף שיכול למחות, מ"מ אינה חזקה כיון שבעת פתיחת החלון לא הזיקו.

ועיי"ש בשו"ע שהביא את כל הדעות, עכ"פ עולה דלא מיבעיא לשיטת הרא"ש והרמב"ן אם בעת שהתובע דגן החזיק בחזקתו להשתמש באויר המרפסת לצורך הסוכה, לא היתה כל סיבה למאן דהוא למחות, מפני שסוכתו לא הפריעה לאיש, התובע אינו יכול אחר כך לטעון טענת "חזקת תשמישין", ודומה לחלון שנפתח במקום שאינו מפריע לבעל החורבה. אך אף לשיטת הרשב"א הראב"ד והריב"ש, בנידון דגן מאחר והסוכה נבנית לשבוע בלבד, וכן דרכם של בעלי דירות שאינן מוחין בחבריהם הבונים סוכה ומשתמשים באויר, מפני שזוהו שימוש לשבוע בלבד ואינו מעשה המביע תפיסת חזקה קבועה במקום, וכיון שמעיקרא לא היה מקום למחאה בתובע כשבנה את הסוכה, על כן חזקתו אינה חזקה.

יסוד הלכה זו מבואר במסכת בבא בתרא דף נו: "הכא בחצר השותפין עסקינן, דבהעמדה כדי לא קפדי, אמחיצה קפדי". וכתב הרשב"ם - "שאחד מן השותפין עצמו העמיד בהמותיו ותנור ואשפה שלו ... בהעמדת בהמותיו גרידא בלא בנין לא הויא חזקה, דבהעמדה כדי לא קפדי שותפין זה על זה עד שעה שיצטרכו לאותו מקום, וכשירצו יקפידו ויסלק זה חפציו דאין לו חזקה בשתיקתן".

ועיין ברמ"א סי' קמ סעיף טו שכתב - "אפילו היה לו חלק בחצר בשותפות, אם הוא מקום שדרכן להקפיד בזה, או שעשו שאר דברים שדרך להקפיד עליו ולא הקפידו עליו, הוי חזקה למה שהחזיק". הרי מבואר שבשימוש דלא קפדי אינשי למחות, כגון למחות כנגד שימוש באויר לצורך סוכה, כל עוד הסוכה אינה מפריעה, אין בעצם בניית הסוכה למשך שנים משום חזקה.

וכן מפורש ברמ"א סי' קנר סעיף טז שכתב "אפילו למ"ד שיש לו חזקה הואיל והיה יכול למחות, הני מילי בפותח לרשות חבירו, אבל בפותח לרשות הרבים וכדומה, שאין בידו למחות כלל, לכולי עלמא לא הוי חזקה". הרי מבואר שעצם החזקת שימוש מסויים אינה מקנה למחזיק חזקת תשמישין, אלא כשהחזקה הזו הוכיחה את מחילת השכן שברשותו הוא משתמש.

והדברים ק"ו, אילו התובע היה בונה סוכה בקרקע בחצר הבניין במשך מספר שנים במקום קבוע בסמוך לקיר הבניין, ואין מקום אחר חילופי לבניית הסוכה, והנתבע היה מבקש לבנות הרחבה לדירתו מעל אותו מקום, או שאחד הדיירים היה מבקש לבנות סוכה באותו מקום, נראה שהתובע לא היה יכול לטעון טענה לחזקה על בניית הסוכה במקום זה, ולמנוע הרחבת הדירה מעל מקום הסוכה או אף למנוע משותף אחר שנהג שלא כהוגן וקדם ובנה סוכה באותה חלקת קרקע שתובע היה רגיל לבנות את סוכתו כל השנים.

הטעם הוא מפני שאמנם בלא רשות שאר השותפים (שהם כלל בעלי הדירות), אין אחד מהשותפים, רשאי לבנות

כמו כן בודאי מסתבר כמו שכתבת שאם שכנים באו לגור בבית משותף לא יוכל עליון לבנות מעל מרפסת התחתון שהרי הם נכנסו כשותפים, אך כאן אנו מדברים על דברים המתחדשים, ודינם בזה כשכנים רגילים, ע"כ דבריו. ונציין שהתובע הציג בבית הדין פסק דין שניתן לאחרונה בבית דין "דרכי הוראה" בירושלים ע"י הג"ר שמואל צבי פריד שליט"א (הודפס בקובץ דרכי הוראה קובץ ז' ניסן תשס"ז) שבו פסק לאסור בניית מרפסת מעל מרפסת המיועדת לסוכה, וז"ל – "כשם שאסור לפתוח חלון כנגד חלון מטעם היזק ראייה, כמו כן אסור להוציא מרפסת מעל מרפסת שיש ג"כ בעין היזק ראייה, דהיינו היזק מצוה, שהוא ישר פוסל לו את המרפסת מלהשתמש בו בסוכה. כמו בפתיחת חלון הוא מזיק לו שאי אפשר להשתמש שהחלון מזיק זו, ה"ה בזה ראובן לא יהא יכול להשתמש בו על ידי ששמעון ולוי יבנו המרפסת מעליו וזה היזק מצוה כמו היזק ראייה".

ודבריו תמוהים טובא. ראשית, אם אכן סבר המשיב כסברת החכם הנזכר לעיל, הרי המסקנה היא שעל הניזק להרחיק את עצמו, ובנוסף, מדוע יחשב היזק מצוה. וכי השכן העליון מונע מהתחתון לקיים מצות סוכה במקום אחר, אלא מונע ממנו לבנות את הסוכה במרפסת, וכופה עליו למצוא מקום אחר לבניית הסוכה. אלא השכן העליון נידון כמונע מחבירו שימוש במרפסת לשבעת ימי הסוכות. ואין להקיש מהיזק ראייה למניעת שימוש מסוג זה. עיין ברמב"ן בחי' למסכת בבא בתרא דף נט. שכתב "וכל שכן בהיזק ראייה דנזקי אדם באדם הוא, אי משום עין רעה אי משום לישנא בישא אי משום צניעותא", על כן כתב הרמב"ן דלא מהני מחילה. אלא אף לשיטת הרא"ש בריש פ"ק דב"ב סי' ב' דמהני מחילה, ולכאורה נראה דלא ס"ל לדון היזק ראייה כנזקי אדם באדם, עכ"פ הרא"ש גופיה כתב בתשובה שהביא הטור סי' קנד לדון היזק ראייה "גירי דיליה", ועיין ברמ"א סי' קנד סעיף טז שהביא את תשובת הרא"ש להלכה ועיי"ש בביאור הגר"א שבאר "דס"ל דמזיקו בידים", ועל דעת הי"א שהביא הרמ"א עיי"ש בפת"ש ס"ק טז. וע"ע באבן האזל הלכות שכנים פ"א ה"ב וה"ג ופ"ב הט"ז. עכ"פ גם אליבא דהסוברים שמשום מניעת השתמשות אתינן עלה, היינו דוקא במניעת השתמשות של מגורים בביתו או בחצירו, ואין ללמוד מזה למניעת השתמשות בסוכה שהיא דירת ארעי לשבעה ימים בשנה.

זכותו של אחד השכנים לבנות הרחבת הדירה בלא הסכמת כל השותפים

עלינו לברר אם אחד הדיירים רשאי להרחיב את הדירה בהרחבה מחוץ למעטפת הבניין בלא הסכמת כל השותפים, והאם בהעדר הסכמה רשאי אחד מהם למנוע מחבירו לבנות ולהרחיב את דירתו.

בשו"ת לחם רב סי' קלט נשאל שאלה זו על בניית גארדאקי (מרפסת), ובלשון השאלה מבואר ששאר

לסוכה, וזו הדרך להסדרת השותפות מעיקרה, ובעל המרפסת זכה באויר המרפסת שיוכל לבנות בה סוכה, ואין אחד מהשכנים רשאי לחסום את האויר שמעל הסוכה במרפסת או חבלי כביסה וכיוצ"ב הפוסלים את הסוכה. אך כשהבית מעיקרו לא נבנה עם מרפסת לסוכה, וגם התובע טרם קנה זכות זו מכלל השותפים, הרי שבלא חזקת תשמישין ברת תוקף, לא ניתן למנוע מהנתבע את הרחבת הדירה מעל המרפסת.

מסקנת הדברים, אין לתובע חזקת תשמישין במרפסת, שמכוחה יהא רשאי לעכב את הנתבע להרחיב את דירתו. אמנם היה מקום לבחון התייחסות שונה מבחינת הגדרת הנידון ההלכתי. ולהלן מה שכתב לי חכם אחד בתגובה לדברים האמורים לעיל. "נראה לענ"ד כי הנידון שלפנינו יותר ממה שהוא שייך לפרשת "חזקת תשמישין" הרי הוא משתייך לפרשת "הרחקת נזיקין" אשר בה להלכה ובדרך כלל על הניזק להרחיק את עצמו. ואבאר.

כאשר ראובן משתמש בחלקו של שמעון, ושמעון רוצה לסלקו או למנוע ממנו להשתמש באותו שימוש שהוחזק בו ראובן אזי אנו דנים בחזקת תשמישין בגדריה ובתנאיה.

לעומת זאת כאשר אין שמעון רוצה כלל לסלק את המחזיק ו/או למנוע ממנו את השימוש ואיננו דורש זאת כלל, אלא ששמעון משתמש ועושה בתוך שלו ובתוך רשותו וממילא מתוך כך נגרם נזק או הפסד לראובן שאינו יכול להשתמש בשטחו כרצונו אזי אנו עוסקים ב"הרחקת נזיקין". וכאן נשאלת השאלה על מי להרחיק. ולהלכה קי"ל שעל הניזק להרחיק את עצמו אא"כ המדובר בגירי דיליה.

לפיכך הרי בנידון שלפנינו הרי אין השכן העליון הבונה את המרפסת רוצה לסלק את התחתון. הרי מצידו יכול הוא להישאר שם כאוות נפשו ולזכות במה שהחזיק היינו זכות השימוש ובניית הסוכה למטה. ברם, אין בכוחה ובזכותה זאת של חזקת התשמישין שזכה בה הראשון (אף אם היא כדיון) שום כוח ויכולת למנוע מן העליון לבנות ולעשות בתוך שלו. דרישה זו שייכת כבר לטוגיית הרחקת נזיקין אשר יש לדון בה על מי להרחיק והרי קי"ל שעל הניזק להרחיק את עצמו אא"כ מדובר בגיריה דיליה. ברור שאין פסול הסוכה התחתונה גיריה דיליה, בוודאי ובוודאי אם לא בנאה העליון למרפסתו בתוך חג הסוכות. ואין הדבר דומה להאפלת חלונות של אורה שאם החזיק בהיתר אסור לשכינו לבנות כותל אף בתוך שלו ולהאפיל שהרי שם האפלה זו היא בגידרי גיריה דיליה כמו שכתבו הראשונים. הרי מיד הוא מאפיל ומונע את האורה. לעומת זאת כאן הרי הנזק יבא רק כשיגיע החג ודומה לאילן ובור, ובכלל מסתבר לחלק בין היזק וקלקול ממש ובין מה שרק גורם שחבירו לא יוצא ידי חובת מצווה כלפי שמיא אך לא חל שינוי בחפצא דבר זה לעולם לא יוכל להחשב גיריה דיליה.

ומכיון שמסכים אני לגמרי עם מה שכתבת שאין מקרה זה בגדר היזק ראייה או קוטרא ובית הכסא לפיכך אין זכותו לדרוש מן העליון שימנע מלבנות ולעשות בתוך שלו.

ככתוב ומבואר באר היטב בחוק "בתים משותפים" פרק ו' סעי' 52, כי פרט לחלקים הרשומים כדירות, שכל אחד הוא בעלים בדירה שלו פנימה. "כל חלקי הבית המשותף, הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים וכו' אפילו הם בתחומי דירה מסויימת, דין רכוש משותף להם", וא"כ בודאי ובודאי שהמערערים יכולים להתנגד לכל שינוי ברכוש המשותף ... והאיסור בלי הסכמה ברור גם בלאו הכי, עכ"ל.

אחת הנ"מ מקביעה זו היא שכל שותף חייב להשתתף בכל ההוצאות הדרושות להחזקת הרכוש המשותף, כגון יסודות גג ומרזב וכיוצ"ב. על כן לא ניתן להוסיף חדר החורג מהמעטפת החיצונית של הבניין, והמביא לשינוי בצורת הבניין, בלא הסכמת כל השותפים.

אמנם בשנת תשנ"ה תוקן החוק (תיקון מס' 18) ובסעיף 71' לחוק נקבע שדי בהסכמת 75 אחוז מבעלי הדירות להסכים על הרחבה באחת הדירות גם ללא הסכמת הנותרים. אך נראה שביחס לבית מגורים שנבנה קודם לשינוי החוק, עפ"י ההלכה אין בכח החוק להפקיע בעלות כלל בעלי הדירות על רכושם, ורק ביחס לבניין משותף שנבנה לאחר המועד שבו החוק נכנס לתוקף התפרסם בציבור והחלו לנהוג על פיו, י"ל שבעלי הדירות נכנסו לשותפות על דעת כן שינהגו בשותפות בהתאם למנהג המדינה.

על כן בנידון דנן, אמנם התובע רשאי לעכב את הנתבע שלא יבנה ללא רשות כל בעלי הדירות, אך קשה להניח שכך יארע, לאחר שהתובע עצמו לא נהג כמחוייב ובנה בלא שקבל רשות מכל בעלי הדירות, והנתבע יוכל להשיב לו "טול קורה מבין עיניך".

בכל מקרה, מוטל על בית הדין להודיע לשני הצדדים שלא נכון שיורו לעצמם היתר להשתמש ברכוש המשותף ללא קבלת רשות כל בעלי הדירות, מכיון שאלו תנאי השותפות המחייבים מעת בניית הבניין ועד היום.

וע"ע בספר עמק המשפט (להג"ר יעקב אברהם כהן שליט"א) ח"ג (הלכות שכנים) סי' ז' שכתב שכל אחד מבעלי הדירות רשאי להוסיף תוספת בנייה מעל אזור החצר המשותפת, כל עוד אין הבנייה גורמת לנזק או הפרעה לאחר. ודבריו אינן מחוורים, ואין ראייה מדברי החזו"א ומספר משנת רבי אהרן (שהביא שם) לשימוש הכולל בניה באזור החצר גופה, וגם אין בדבריו ראייה ברורה לנידון תוספת בניה בבית משותף שאינה נידונה בספרים הנ"ל. ובודאי תמוה שדחה הראיה מתשובת הלחם רב. הלחם רב כתב "דכיון דנעשה חצר השותפין, יד כלם שוה בו, ואין רשות לאחד לשנות ממה שהיה בתחילה", ומניין לחלק בין בנייה בגובה רב או בגובה נמוך, כשסברת הלחם רב שייכת בכל גווני.

ומה שהביא מתשובת שבט הלוי חלק ח' סי' רצט, בתשובה זו סמך דבריו על תקנת בתי דין שכפי הנראה

השותפים מוחים באותו שותף שרצה לבנות, וטענתם – "אותו חלל הוא זכות של כל בעלי החזקות שבחצר הנוכרת, ואין כח ביד שום אחד מבעלי החזקות לבנות דבר חדש ולא להוציא לחלל החצר דבר כי אם ברשות כל בעלי החזקות".

ובתשובתו כתב הלחם רב שהדבר פשוט ששאר בעלי החזקות צודקים בטענתם, וכתב – "פשיטא דכיון דנעשה חצר השותפים, אין ... כח לאחד מן המחזיקים להוציא בנין גארדאקי. דהטור כתב בסי' קנ"ד וכן אם קנה בית אצל ביתו אינו רשאי לפותחו לחצר השותפים שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל, אלא כמו שבנאוהו או קנאוהו או ירשוהו יש להם לנהוג ע"כ. משמע בהדיא דכיון דנעשה חצר השותפין יד כלם שוה בו ואין רשות לאחד לשנות ממה שהיה בתחילה ... נעשה חצר השותפין ואין כח להוציא בנין גארדאקי מבלי רשות בעלי החצר".

תשובה זו של הלחם רב עומדת ביסוד תשובה שבספר משכנות ישראל (להג"ר ישראל גרוסמן ז"ל) סי' ט', שהורה למנוע הוצאת מרפסת ללא רשות.

וז"ל – "שאלה. בבית משותף שרוצה אחד מבעלי הדירות להוציא מרפסת מעל המגרש המשותף לכל בעלי הדירות, האם הוא זקוק להסכמת כל הדיירים".

"תשובה. היות והמגרש בבנין משותף, כל בעלי הדירות שותפים בו, ויש לכולם זכות גם באויר המגרש, לכן אין אחד מבעלי הדירות יכול להוציא מרפסת לדירה שלו בלי הסכמת כל בעלי הדירות באותו בניין".

ועיין בספר פתחי חשן חלק ו' פרק ד' הערה ט' שהביא את דבריו וכן הביא מספר מנחת יצחק, ובאר דאיירי בבתיים שלא חל עליהם חוק בתים משותפים.

והדברים פשוטים, מאחר שהנידון הוא בית דירות משותף, רק הדירות עצמן שייכות לבעל הדירות, אך חלקים מהבניין הם רכוש משותף של כלל בעלי הדירות. בבניין כזה, שלד הבניין מהיסודות ועד הגג, הכל רכוש משותף של כל בעלי הדירות. שיתוף זה נקבע על פי מנהג המדינה שהתקבל בעקבות חוק המקרקעין פרק ו' המתייחס לבתיים משותפים, והקובע שכל אדם שיש לו דירה בבנין משותף נעשה שותף בכל הרכוש המשותף המיועד לדיירי הבניין. סעיף 52 לחוק המקרקעין, קובע שהגג, הקירות החיצוניים, מתקני מים וכיוצ"ב המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם דינם כרכוש משותף אפילו הם בתחומי דירה מסויימת.

הטעם לכך הוא מפני שהקרקע שהבניין עומד עליה היא קרקע משותפת לכולם. והדבר ברור שבעת רכישת הדירות, הוסכם על שיתוף זה, שנקבע עפ"י המנהג, (ואין כאן פסיקה מכח חוקי ערכאות, אלא בסתמא הסכמת השותפים לעניין תנאי השותפות ביניהם, מתפרשת עפ"י החוק והמנהג, ולהסכמה כזו תוקף עפ"י דין תורה, עיין חת"ס חזו"מ סי' קמ"ב ד"ה והנה בקצה"ח).

וכן פסק בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' טט, וז"ל – "אין חולק שיש לכל שטח המריבה דין של בעלות משותפת,

הוועד נבחר רק למטרת תחזוקה שוטפת, הוא אינו מוסמך לקבוע סדרים חדשים בנושאי חלוקת שותפות וכיוצ"ב, ואינם רשאים לקבוע הפקעת בעלות של אחד מהשותפים ולהוציא מזה ולתת לזה. אבל אם הדיירים בבניין יתכנסו ויסמיכו את הוועד להחליט גם בנושאים אלו, אין מניעה שסכסוך דנן יוכרע בהתאם להחלטתם.

והטעם הוא מפני יש לקבוע שכל בעלי הדירות באותו בניין נחשבים כציבור העומד בפני עצמו וכבני העיר הרשאים להתכנס ולהחליט החלטות ברוב דיעות, בכל הקשור לכללי השותפות. עיין ברמ"א חו"מ סי' קס"ג ס"א, ובביאור הגר"א ס"ק ט' כתב - "ב"ק קטז ב' ורש"אין החמירין להתנות כו', ש"מ שכל השותפין בעניני שותפותן הן כב"ד הגדול, כמ"ש הר"ח שם דאפי' בלא קנין איירי, וכן הנהו טבחי בב"ב ט' א' שהן כבני העיר להתנות ולהסיע על קצתן, וכמ"ש המרדכי שם וה"ה כאן כל הנותני מס".

ועיין ברמ"א סי' ב' ס"א שטובי העיר בעירם הם כבית דין הגדול ומועיל לכל מה שקבלו אותם, ועיין בסמ"ע סק"י, ועיין חו"מ בבא בתרא סי' ד' סק"ח שכתב - "ואפשר שזו תקנת חכמים ליתן לבני העיר כח בית דין, וליתן לכל האנשים בעלי אומנות אחת כח בית דין". ובסק"י כתב - "ואם כל בעלי אומנויות הסכימו, חשיב כתקנת בני העיר כולם, וזה יש בו כח כתקנת חכמי הדור לכל ישראל".

ומסתבר שדיירי הבניין המאוגדים כשותפים בבניין, דינם כבני חצר או כבני אומנות, ודינם כנ"ל, ויש בכוח נבחרי השותפים לקבוע סדרי שותפות חדשים ברוב דיעות, סדרים המחייבים את כלל השותפים.

קיימת במקומו, אבל תקנה זו אינה ידועה לנו, מי תיקנה ובאיזה מקום תיקנו, ולא נהגו כן בצפת ובערים אחרות.

על כן בנידון דנן, מצד הדין כל אחד מהצדדים רשאי לעכב את הרחבת הדירה של חברו. התובע רשאי לעכב מהנתבע הרחבת דירתו, ובאותה מידה כל אחד מבעלי הדירות היה רשאי בזמנו לעכב את התובע מבניית המרפסת, וגם כעת הנתבע רשאי לבקש הסרת ההרחבה, אם התובע ידרוש ממנו להמנע מהרחבה אצלו, על כן נכון שהצדדים יגיעו להסכמה משותפת על פתרון הסכסוך.

אם הצדדים מוחלים זה לזה על עצם הבנייה, ואינם מבקשים לעמוד על זכותם לעכב את הבנייה בהסתמך על השותפות המונעת בנייה בלא הסכמת כלל השותפים, ורק נותר הדיון בשאלת עיכוב בנייה מפני שהנתבע חוסם את הסוכה, בנקודה זו כבר קבענו לעיל שמצד הדין אין לתובע חזקת תשמישין, ומכח טענה זו אינו רשאי למנוע מהנתבע הרחבת הדירה.

אמנם בהעדר הסכמה, ואם כל צד יעמוד על זכותו כשותף המבקש למנוע שינוי כלשהוא בנכס המשותף, וגם לא יעלה ביד אחד מהם לקבל הסכמת כל בעלי הדירות כמקובל, ניתן לנהוג בדרך חילופית, שהיא החלטת ועד הבית של הבניין המסויים בהם גרים שני הצדדים.

אמנם בסתמא ועד הבית נבחר למטרת תחזוקה שוטפת, ויסוד סמכותם מעוגנת בהלכה, עיין בטור חו"מ סי' קסא - "בני החצר כופין זה את זה לבנות דלת ובית שער לחצר וכתב הרמב"ם ז"ל וכן כל הדברים שהחצר צריך להם צורך גדול או הדברים שנהגו בני המדינה לעשותו". אך כל עוד

סימן כח

פסק דין בנזקי שכנים

אדר א' תש"ס

עם חלונות, הוא בביתו אינו יכול להשמר מהזיק הראיה. ב. ראובן טוען שבניית המרפסת גורמת לו לחסימת האור המגיע לחלון, אור שהיה מגיע בטרם נעשתה הבנייה, וכן טען שהבניה גרמה להסתרת הנוף שראו קודם לכן מהחלון. ג. כמו כן טוען התובע שהבנייה גרמה לירידת ערך הדירה שלו, ומבקש שתעשה הערכת שמאי על מנת לקבוע בכמה ירד ערך הדירה.

התובע הביא לבית הדין מספר תמונות על מנת להבהיר את טענותיו. ולאחר הדיון שלח לבית הדין עותק של החוזה שכל קוני הדירות שבאותה שכונה חתמו עם החברה המוכרת את הדירות, ובחוזה זה הקונה מתחייב שלא לעשות כל תוספת בניה ללא הסכמת החברה.

בתחילת הדיון התובע בקש לחייב את הנתבע להשיב את המצב לקדמותו, אך בסיום טענותיו נראה שאינו עומד על כך, לאחר שהבניה כבר הסתיימה, ומסתפק בפיצוי כספי כנ"ל.

המקרה הנידון והטענות

בפני בית הדין תביעה של ראובן כנגד שמעון שכנו. התובע והנתבע גרים בצפת בשתי דירות סמוכות באותה קומה. בדירת ראובן בקיר החיצוני לצד דרום חלון של הסלון, וכנגד החלון במרחק של 2.4 מטר בנויה המרפסת של שמעון. עד לאחרונה היתה זו מרפסת עם מעקה בלבד, ולאחרונה שמעון סגר את המרפסת והפך אותה לחדר. התובע טען מספר טענות.

א. לדבריו, כעת יש חלון בחדר החדש דהיינו במרפסת שנסגרה, ומחלון זה שמעון ובני ביתו יכולים לראות את הנעשה בביתו. ואילו קודם לכן, בעת שהמרפסת היתה פתוחה, הזיק הראיה היה מוגבל והיה יכול להשמר ממנו. מאחר ובעת שאדם יצא למרפסת, מיד היה ניתן להבחין בו ולהשמר מההזיק, אבל עתה לאחר שהמרפסת הפכה לחדר

וכעין זה כתב בשו"ת מהרי"ל סי' סו, וז"ל - "ומה שכתב מר מהרחקת חלון אי סגי בד' אמות בכותל גבוה, ובעי מר לפרושי דהרחקת ד' אמות בגבוה ד' אמות, האיך אפשר לומר כן, הלא צריך להגביה ד' אמות שלמים טפי מן החלון, אלמא ח' אמות גבוה. ואי בעינן למימר דלעולם יהא הרחקתה כחצי גובהו מה שיעור ... וא"כ נתת דבריך לשיעורין, ולדברי מר מי שהיה לו כותל בחצירו גבוה ח' ומרוחק ד' אינו רשאי להגביהו טפי מד' יותר מן החלון. ועוד בר מן דין דגובה הכותל אינו מפורש כלל במתני' דלא תנא אלא גובה הכותל ד' אמות למעלה מן החלון, וכן חלון העשוי לאורה עומד בקרקע, מי ידעינן כמה גבוה מן הקרקע דנדע שיעור הכותל, אטו בחלון מרתף עסקינן. אלא כלך מדרך זה, דכל שיעורי חכמים כן הוא, כמו כל הני הרחקות דלא יחפור, אע"ג דזימנין הוה הבלא או מתונתא טובא וזימנין מועט, אלא שיערו חכמים דבהם סגי לכל היותר, ה"ג שיערו חז"ל דבד' אמות סגי לאורה בסתם בתים שאינן עשויים לאור גדול כגון אכסדראות ואספלידא וכה"ג. ואע"ג כשמגביה טובא מאפיל קצת, [הא פר"י פ"ק דלא חיישינן אם יאפיל קצת] רק שיהא ראוי להשתמש"

ובשו"ע חו"מ סי' קנד סעיף כא פסק - "אם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראייתו, צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו, וכיון שהרחיק ארבע אמות, אף על פי שמאפיל, אינו צריך להרחיק יותר. ובסעיף כב פסק השו"ע - "בנה כותל בצד החלון, צריך להרחיק מהחלון טפח."

ועל כן בנידון שלפנינו אף אילו שמעון היה בונה את כתלי המרפסת כנגד חלונו של ראובן (במקביל), היה די בהרחקת ד' אמות, ובנידון שלפנינו שהמרפסת בנויה באלכסון ביחס לקיר ביתו של ראובן, והמרחק הקצר ביותר מהקיר למרפסת הוא 2.4 מטר, שהם לכו"ע יותר מד' אמות, אין מקום למנוע את שמעון לבנות, מכח טענה זו של חסימת האור.

ביחס לטענה על סתימת קרני השמש מהחלון, ראשית יש לציין שעובדה זו צריכה בדיקה, ויתכן שיש ממש בטענה זו בעונות מסויימות של השנה, ובשעות מסויימות, בהם המרפסת במתכונתה הנוכחית מסתירה את השמש לזמנים מסויימים.

ובשאלה דומה דן מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת סי' קצב.

וז"ל השאלה - "ראובן יש לו בתים ואישטיראדור עליה בחצר הבאשה, ושמעון יש לו בתים סמוכים לבתי ראובן הנזכר, ועתה בא שמעון להגביה ביתו סמוך לד' אמות לאישטיראדור וסותם השמש הבא לאישטיראדור הנזכרת, וראובן מעכב עליו מכח שהחזיק זה כמה שנים כו' יורנו מורנו הדין עם מי?"

בתשובתו הביא מהר"א ששון דעת אחד הגדולים שפסק בעניין זה, וז"ל - "ראיתי בפסק אחד שהביאו בידי מאחד

הנתבע טען שהבניה נעשתה ברישיון מתאים מהעיריה, והציג מסמך לאישור טענתו. לטענתו כשהמרפסת היתה פתוחה היה בכך סכנת נפשות מחשש שהילדים יפסו על המעקה ויפלו, ולכן נאלץ לסגור את המרפסת. לטענתו סגירה כזו מקובלת בבתים אלו, ואין ירידה בערך הבית בעקבות הבניה.

ביחס להיזק הראיה, טען שמעון כי בעת שהמרפסת היתה פתוחה, בכל עת שיצאו למרפסת, מיד נגרם לראובן היזק ראייה, ואילו כעת כשהמרפסת סגורה, אדרבה התמעט הקף ההיזק הפוטנציאלי.

טענת הסתרת האור והשמש

נראה שאין ראובן יכול למנוע משמעון את הבניה מכח טענה זו, שהאור אצלו התמעט.

במשנה במסכת בבא בתרא דף כב. - "מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו, לא יסמוך לו כותל אחר אא"כ הרחיק ממנו ארבע אמות. החלונות, בין מלמעלן בין מלמטן בין כנגדן ארבע אמות"

ובגמרא - "אמר רב יהודה, הכי קאמר הבא לסמוך, לא יסמוך אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות. מתקיף לה רבא והא מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו קתני, אלא אמר רבא, הכי קתני מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו ברחוק ארבע אמות ונפל, לא יסמוך לו כותל אחר אלא אם כן הרחיק ממנו ד' ... תנן, החלונות, בין מלמעלן בין מלמטן בין מכנגדן ארבע אמות, ותני עלה מלמעלן כדי שלא יציץ ויראה, מלמטן שלא יעמוד ויראה, ומכנגדן שלא יאפיל."

מבואר, שהבונה כותל בסמוך לחלון חבירו, עליו להרחיק ד' אמות כדי שלא יאפיל. אך אם הרחיק ד' אמות, לית לן בה, אף אם על ידי בנייתו התמעט האור הנכנס לחלון.

וכתב הרשב"א בתשובה חלק ג' סי' קנו (הובא בקצרה בב"י סי' קנד) - "עוד נחלקו בהגבהת הכותל שכנגד חלון הגדול שבעליית ראובן הפתוח לרשות הרבים, וכן כנגד פתח אוצרו, כדי שלא יאפיל על אוצרו, ושלא ימעט באויר אוצרו. ושמעון טוען שיש בין כותלו וחלונו ארבע אמות, כל שיש הרחקת ד' אמות, אינו נמנע מלבנות, שאינו מאפיל. וראובן אומר שלא אמרו ד' אמות דוקא, אלא אם כן הוסר היזק האפלה, אבל אם לא הוסר, שיעורו כדי שלא יאפיל. בזה הדין עם שמעון, דד' אמות שאמרו, שעור מוחלט אמרו, שכך שיערו חכמים שבכך די לו, וכל שהחזיק עד שנכנס לו אור ומאויר ד' אמות, די, ואינו צריך להרחיק יותר. ותנן החלונות מלמעלן ומלמטן ומכנגדן ד' אמות, ותני עלה מכנגדן, שלא יאפיל ואע"ג שפירשוה בגמרא בבא מן הצד אפילו הכי, בכנגד ממש אינו מרחיק רק ד' אמות, וכן דעת רבותינו ז"ל, וכן עיקר. וכל ששיערו חז"ל, כך הוא, במ' סאה הוא טובל, במ' סאה חסר קרטוב, אינו טובל, שלשה על שלשה, טמא מדרס, ג' על ג' חסר נימא, טהור."

על דבריו, שלדעת הרבה פוסקים במקום שבו האדם בונה בתוך שלו, יוכל לומר קים לי גם בטרם בנה ומבקש שלא ימנעו אותו להתחיל לבנות. מהנמוקי יוסף פרק קמא דבבא בתרא (שהובא בדרכי משה סי' קנה ס"ק יא) ומהט"ז סי' קנג ס"ח, עולה שכל שעושה בתוך שלו ודאי יכול לומר קים לי. וע"ע בסמ"ע סי' קנג ס"ק טז שכתב סברא "דבחלון דיש בו היזק ראייה מחשב חסרון קרקע", וממילא אינו יכול לומר קים לי, אך בהאפלת האור או הפרעה לראיית הנוף או רשות הרבים, שעושה בתוך שלו, נראה שגם הסמ"ע יודה שיוכל לומר קים לי ולבנות בתוך שלו. אלא שהנודע ביהודה תניינא חאו"ח סי' טז כתב בתוך דבריו "ועיין בסמ"ע סימן קנג ס"ק ל"ב שכתב שזה שרוצה לבנות נקרא מוציא, וא"כ אפילו במקום דאיכא קצת פלוגתא דרבוותא לא מצי למימר קים לי". וצ"ע בסמ"ע אם כיון דבריו גם לנידון הנודע ביהודה דאיירי במי שבונה בתוך שלו ומאפיל על חלון חברו.

והמהרי"ט בתשובה (ח"א סי' קלב) כתב - "וראיית לרב מהר"י ן' לב זלה"ה בספרו הראשון סי' פ"ג במי שפתח חלונות על רחבה שאחורי הבתים שפעמים מניחים שם צמר להתייבש והשיב הרב שאם בעל החורבה רוצה לבנות ולהאפיל הרשות בידו דיכול לומר קים לי כהני רבוותא דסבירא להו דאין חזקה על החורבה אם נדון הרחבה כחורבה ואם נדון אותה כחצר יכול לומר קים לי כהני רבוותא דסבירא להו דאין חזקה להיזק ראייה... ואפילו היה מחלוקת שקול נראה לי דלא שייך לומר קים לי אלא היכא דזה בא להוציא ממנו על פי בית דין מוקמינן מילתא ביד המוחזק ולא מפקינן מיניה אלא בראיה, אבל זה שבא להיזק ולסתום אורו בפניו כיצד יבא לסתום בטענת קים לי וגם זה יקום ויעכב כל הבא לבנות כנגד חלונו שגם הוא בא בטענת קים לי... וכי תימא זה בונה לתוך שלו והבא לעכב עליו הראיה. ליתא, דכיון שהוא ניזוק בגירי דיליה הרי הוא מזיקו בידיים... וכן זה שבונה כותלו וסותם חלונותיו של חברו, שתכף זה מזיקו באפילה. ולא תימא דמניעת האור לא מקרי גירי דיליה לפי שאינו גורם הנזק אלא מניעת התועלת, דלא גרע מסמיכות כותלו לכותל חברו דתנן בריש פרקא וכתב הרא"ש משם רבינו חננאל והרי"ף ז"ל דחשיב גירי דיליה, דמיד כשסומך מונע דריסת רגל רבים שמועלת לכותל".

וע"ע בשו"ת רע"א ח"א בסוף סי' קנא בקונטרס מילי דנויקין בסופו ובספר ברכת שמואל עמ"ס ב"ב סי' טו, טז. ואכמ"ל בזה שאינו נוגע ישירות לנידון דידן אך הבאנו כל הנ"ל, מאחר ובנידון דידן ביה"ד הוציא צו מניעה בטרם הושלמה הבניה והנתבע לא ציית לצו זה והבניה הושלמה ורק אחר כך התקיים הדיון בבית הדין. אם היתה נפקא מינה בין אם כבר בנה או שעדיין לא בנה, היה מקום לדון האם יתכן שיהא חוטא נשכר, אך מאחר ולדעת הרבה פוסקים יכול לומר קים לי גם בטרם בנה, וכך מסתבר להורות במקום שהוא בונה בתוך שלו, ואינו כוזק גירי דיליה לתוך של חברו, על כן בנ"ד אין מקום להיכנס לשאלה זו.

מהגדולים שכתב... זה הבנין דנ"ד הוא מכוון כנגד העצים אשר בהם מסמרי האישטיראדור ומעכב השמש לבוא כנגדו מכל וכל ובפרט בימות החורף וה"ל כאלו מאפיל כנגד חלון דודאי צריך להרחיק"

ומהר"א ששון בתשובתו כתב - "אבל מ"מ נ"ל, שאין יכול לבנות מההיא דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה והביאה מהר"י קארו ז"ל בח"מ סי' קנ"ד וז"ל וכתב עוד נחלקו על מיעוט האויר ששמעון ממעט אויר אוצרו של ראובן בזה אני אומר שמתוך הדברים ניכר שהאוצרות אשר שם צריכין אויר שיכנס ממנו הרוח לקרר היין והמונע ממנו האויר מפסידו. ואם הדבר כן ונהוג שם כן, הדין עם ראובן שכל שקדם האוצר, אעפ"י שאין עכשיו שם יין ושמן הרי הוא מוכן לכך ואין הלה רשאי לעשות בביתו דבר שמזיק את האוצר עכ"ל. אם כן בנ"ד גם כן כיון שהאישטיראדור צריך לשמש רב הו"ל כההיא דהרשב"א ז"ל וצריך שמעון זה להרחיק או לבנות בשפלה עד שלא ימנע השמש הבא לאישטיראדור אפילו מן הצד. ומ"מ עדין אפשר לי לחלק בין הך דהרשב"א לנ"ד דעד כאן לא קאמר התם הרב ז"ל אלא דוקא כשנמשך נזק ליין ונפסד, אבל כשאין הפסד בדבר ממש אלא איחור זמן לעשיית הדבר כגון כאן באישטיראדור שהנזק הוא שיצטרך זמן יותר לנגב הבגדים אם כן בהא ודאי לא אמרינן דדמי לההיא דהרשב"א ז"ל".

הרי מבואר שאף באישטיראדור, שהיא מרפסת המיועדת ליבוש כביסה, כל עוד לא נגרם נזק ממשי מחמת הבניה המסתירה את השמש, אינו יכול למונעו, ק"ו בשמש המגיעה לתוך הבית, אף אם יש בבניית הקיר לגרום להסתרת השמש בשעות מסויימות, מאחר ואין כאן נזק ברור, אלא אי נוחות, אינו יכול מונעו.

וכן ראיית בשו"ת מנחת יצחק (חלק ליקוטי תשובות סי' קסא) שכתב - "בענין הדו"ד שבין צד א' ושכניו צד ב' בדבר הרחבת המרפסת, והשכנים מוחים מטעם היזק ראייה ומניעת כניסת אויר ושמש. הנה שלחנו מומחה ואמר שיש הרחק ד' אמות מכנגד חלונות השכנים, ולדעתו אין כאן מניעת אויר, אבל מניעת שמש יש".

בפסק דינו כתב המנחת יצחק בקצרה - "משום מניעת הכנסת אויר (אף אם יש מניעה) ושמש אין לחוש כיון שיש הרחק ד' אמות".

טענת מניעת האפשרות לראות את הנוף

במקרה שבפנינו, ראובן טוען כי הבניה גרמה להסתרת הנוף שהיה נראה מחלון ביתו בטרם שמעון סגר את המרפסת. וכפי הנראה מהתמונות שהוצגו בבית הדין המדובר בהסתרה חלקית של הנוף.

עיין בפתחי תשובה סי' קנד סק"ח שהביא מתשובת מהרלב"ח, ועיין לעיל סי' כה שבארנו הלכה זו. ועיי"ש שהבאנו מתשובת מהרש"ם שבמחלוקת מהרלב"ח ומבי"ט כתב "אם כבר עשה, בודאי יוכל לומר קים לי". אך יש להעיר

הבית. וע"כ בתקופתנו מכיון שכל בנין מוקם ע"פ תכנית מראש לכמה אור שיהיה לו, ולאחד השכנים היתה חזקת אורה במובן הרחב, א"כ לא יכול לבוא השכן ממול וליטול ממנו את חזקת אורה שלו.

ולכן נראה לחייב את הנתבע שלא יבנה יותר, ומה שבנה הוא חייב לסתור כדי שלא יאפיל ולמעט את אורם של העותרים.

וכן בפסק דין אחר שהודפס בספר פסקי דין שעל יד הרבנות הראשית ירושלים (דיני ממונות ח"א מעמוד קצא) הגר"ח הרצברג פסק דין דומה, והביא את דברי האגודה והנודע ביהודה וכתב -

"הרי שאנו רואים מדברי האגודה שבמקום שמסתבר שצריך אור גדול יש לו חזקת אורה מעבר לד"א, והנ"ב מוסיף הגם שאפשר לדחות את הוכחתו של האגודה, מ"מ מכיון שהאגודה היה מן הקדמונים ולא ראינו לאחד מן הקדמונים שיחלוק עליו, ובפרט שהמחבר בא"ח סי' ק"ג סעי' ד' פסק כמו האגודה וז"ל שם הבונה כנגד חלון ביהכ"נ אין מספיק לו בהרחקת ד' אמות לפי שהוא צריך אור גדול. וכן בשו"ת מהר"א ששון כתב שנעשה מעשה ע"פ ספר האגודה, הרי שצריכים לפסוק כך להלכה.

והשתא לנידון דידן מכיון שאין לנו הגדרה ברורה מה נקרא אספלידא, מי יאמר לנו שהבתים שלנו אין להם דין אספלידא, שזקוקים לאור יותר גדול, בפרט שמנהג בני העיר להרחיק יותר מד' אמות, ובפרט שבנידון דידן שבני העיר לא נתנו את הסכמתם לבנות קומה נוספת מול החלון של השכן, הרי שראובן יכול לטעון שיש לו חזקת אורה הגם שהיא מעבר לד' אמות, שכן הוא קנה בית עם אורה גדולה.

יש גם מקום לטעון שאם שמעון יבנה קומה נוספת מול חלונו של ראובן הרי שתפחת ערך דירתו של ראובן, והגם שלא מצאנו בחז"ל תימוכין לטענה זו, שהרי חז"ל קבעו להרחיק את הכותל מהחלון ד' אמות, זה אולי דוקא בזמנם שהיה ידוע לכל שכל אחד יכול לבנות על קרקעו כמה שרוצה, ועל סמך זה קנה את הקרקע, אבל בנידון דידן שראובן ידע שלשמעון אין זכות לבנות קומה נוספת, וע"מ כן הוא קנה שם את הדירה, ויתכן שאם היתה קומה נוספת על דירתו של שמעון היה ראובן משלם פחות לדירתו, נמצא שאם שמעון יבנה עתה הרי הוא מפחית מערך דירתו של ראובן."

עד כאן תוכן שני פסקי דין אלו.

אמנם לכאורה היה מקום לדון בדבריו, דבאכסדרה וכן בבית הכנסת שנפסק באגודה ובשו"ע א"ח סי' קנ צריך להרחיק יותר מד' אמות מפני שצריכים לאור רב, אך בבתיים בזמנינו שקיימת אפשרות טובה להאיר את החדרים בבית בתאורה חשמלית, הרי שאף אם חבירו מאפיל עליו, לא נגרמת בכך מניעת השתמשות בבית והפרעת בעל הבית מהשימוש המקובל, ובזמנינו המצב עדיף טפי ממה שהיה בתקופות קודמות, בהם לא היתה אפשרות טובה להאיר את

וראיתי בספר פסקי דין מביה"ד שעל יד הרבנות הראשית בירושלים (חלק דיני ממונות ובירורי יהדות כרך ד', מעמוד עט והלאה) שדנו בשאלה של הסתרת האור והנף.

בתשובה שם הביא הגר"ח הרצברג שליט"א את הסוגיא במסכת בבא בתרא ואת תשובת המבי"ט וכתב -

"היוצא מדבריו שהיכא שמוכח שהיתה לאספלידא חזקת אורה אפילו מעבר לד' אמות, הרי הוא יכול לטעון קא מאפלת עלי. וע"כ בנידון דידן ולעותרים היתה חזקת אורה אף מעבר לד' אמות, וזה בא לידי ביטוי בכך שהקבלן התחייב לבנות את הבנין בצורה שלא תסתיר להם את השמש, כלומר הקבלן מחל להם או נתן להם במתנה זכות של חזקת אורה ...

בנוסף יש לטעון ולומר שיש הבדל ושוני מהותי בין הבניה בתקופתנו שזקוקה לאישור תב"ע, לבין התקופה הקדומה בה כל אחד היה רשאי לנצל את שטחו הפרטי כראות עיניו, ולכן אף שלשכנו יש חזקת אורה בשטחו הפרטי, קבעו חז"ל שחזקה זו מוגבלת אך ורק לארבע אמות ולא יותר, שהרי זכותו של הלה לנצל את שטחו הפרטי עד תומו, אולם בתקופתנו אף שהוא רכש שטח קרקע עדיין אין הוא יכול לעשות במקום שימוש כראות עיניו, שכן אם המקום מיועד למגורים, לפי תב"ע הרי הוא כפוף להוראותיהם ואישוריהם ולא יכול לבנות שם מה שאינו לפי התכנית שהם הועידו לו, כגון שטח שמיועד למגורים לא יוכל להפוך לביח"ר או למבנים ציבוריים, וע"כ מי שרכש דירה בקומה ה' ולה צמודה מרפסת גדולה, אין הוא רשאי להופכה לדירת מגורים בטענה שהוא בונה על שטחו הפרטי, שהרי אין לו שטח פרטי, יש לו רק זכויות בקרקע של הדירה ומרפסת בלבד"

בהמשך דבריו באותו פסק דין הביא הגר"ח הרצברג את שיטת האגודה שהביא הבי"א א"ח סי' קנ ומש"כ בזה הנודע ביהודה תניינא חלק א"ח סי' טז. ולאחר מכן כתב שם - "הרי מבואר באר היטב בנו"ב שכל היסוד של האגודה שביהכ"נ צריך שיעור הרחקה גדול יותר, מכיון שהוא זקוק לאורה מרובה, הוא מסוגית הגמ' בב"ב דף ז' ע"א שלדברי הר"י מבואר שאספלידא שהוא טרקלין זקוק לאורה מרובה ולא די בשיעור הרחקה של ד' אמות. וא"כ בתקופתנו כשבונים אזור מגורים חדש ומלכתחילה זה מתוכנן כך שכל אחד יהיה אורה מרובה, הרי שכל מי שבא להשתתף ולגור במקום זה מתכוין שבייתו יהיה בבחינת איספלידא שלא די לה באור של הרחקה של ד' אמות אלא צריך מרחק רב מזה.

אמנם הנו"ב שם, וכן זה מובא בשם הכנה"ג, שלביהכ"נ אף שהוא צריך אורה מרובה די לו בשמונה אמות, וא"כ היה מקום לומר שגם בבניה החדשה די בהרחקה של שמונה אמות ולא יותר, מ"מ נראה שמכיון שאנו רואים מסוגיא דאיספלידא שאם מדובר בבית שכולם מבינים שהוא צריך אור מרובה, הרי צריך להרחיק לפי הצורך באור לפיו הוקם

לראות בו, משא"כ כשהוא פתוח לגמרי, וכמ"ש לעיל בסמ"ע בס"ק ט' דמה"ט אין השותף יכול לפתוח חלון בחצר ע"ש ודו"ק.

וראיתי בספר פתחי חשן חלק ה' פי"ד הערה לו שהביא את דברי הסמ"ע וכתב - "וסברא זו צ"ע, ולפי דבריו נמצא שיכול למחות בו שלא יסגור מרפסת שיש לו".

לכאורה אין מקום להסיק מסקנה זו מדברי הסמ"ע. דשאני התם שהניזק טוען טענת היזק ראייה בחצרו, שלא יוכל להשתמש בה בהשתמשויות צנועות, כי לעולם לא ידע מתי השני רואה אותו. וה"ה שיוכל לטעון טענה כזו ביחס להיזק ראייה בבית, אילו היו לו חלונות בביתו מול השטח הפתוח או המרפסת של חבירו, חלונות פתוחים, שלא ניתן לסותמן. אך במציאות של ימינו שבכל חלון בחדר מגורים חייב להיות תריס, וכן בדרך כלל מוסיפים וילון בחלונות בהם אין תריס, הרי שאין מקום לטענה שחבירו מזיק במניעת השתמשות בביתו, מאחר ואינו יודע מתי חבירו רואה אותו, מאחר ולעולם יוכל לסגור את הוילון או את התריס ולעשות בביתו כפי רצונו. ואינו דומה לנידון במשנה ובשו"ע דהתם איירי בחצר, ויעויין בלשון רש"י בריש מסכת בבא בתרא דף ב. שכתב - "כל חצירות ששנו חכמים לפני הבתים הן ורוב תשמישן בחצר". וכיון שרוב תשמישן בחצר, שם אינו יכול להסתתר מאחרי תריס או וילון, על כן אם אינו יכול לדעת מתי חבירו רואה אותו, וזה גופא מונע ממנו את השימוש בחצר. משא"כ בתוך דירה הבנויה כפי שמקובל בימינו, תמיד קיימת בפניו האפשרות למנוע כל היזק ראייה ולהגן על עצמו בתריס או וילון. ועל כן לא יוכל לטעון את הטענה המבוארת בשו"ע ובסמ"ע.

ואם לא נאמר כן, יצא שכל דייר שיש לו מרפסת מקורה אך בלא תריסים, לא יוכל להתקין תריסים במרפסת באם ניתן לראות דירה אחרת מתוך המרפסת.

אך ראיתי שבתשובת מנחת יצחק (ליקוטי תשובות סי' קסא) דן בשאלת הרחבת מרפסת שגרמה להרחבת היזק הראייה מכפי שהיה קודם לכן, וכתב - "הנה כפי המבואר בחו"מ סי' קנ"ד סעיף ד' אף הוספה בראייה הוי היזק. ומכ"ש היכא דהוי חלון כנגד חלון, עיין שם סעיף ג' ... לפי נימוקים הנ"ל יש לפסוק כדלהלן, צד א' יכול להרחיב המרפסת בתנאי שבהוספה כנגד חלון חבירו יבנה כותל בלי חלון עד למעלה שלא יוכל לראות בחלון חבירו".

ומבואר מדבריו שהמנחת יצחק אינו מקבל את הסברא שכתבנו שאין מקום לטענה במקום שהניזק יכול להביא למניעת ההיזק, והדין עמו, מאחר ובהיזק ראייה קי"ל דלא אמרינן שעל הניזק להרחיק את עצמו, אלא נידון כגירי דיליה דבזה מודה רבי יוסי דעל המזיק להרחיק את עצמו, וכמ"ש הטור חו"מ סי' קנ"ד - "דקי"ל על המזיק להרחיק את עצמו, היכא דהווי גירי דיליה והיזק ראייה גירי דיליה הוא, ואף ע"פ שקדמו חלונותיו בהיתר, עתה שמזיקין חלונותיו לגינת לוי צריך להרחיק".

החדרים בתוך הבית, והתאורה הסתמכה בעיקר על האור המגיע מבחוץ דרך החלונות.

אך אע"פ כן יש מקום להוציא מדינו של בעל האגודה, שמכיון שהוסכם בציבור באמצעות הרשויות המוסמכות שכל דירה זקוקה למרחב פנוי בהתאם לקבוע בתב"ע, הרי שקיימת הסכמת הציבור לדון את השטח הנ"ל שסביב הדירה כשטח המיועד לשימוש בעל הדירה לאויר אור ושמשי וכיוצ"ב, ובעל הדירה משתמש בחזקת תשמישין בתוך חלקו של חבירו הסמוך אליו, ועל כן לעניין זה דינו כאכסדרה ובית הכנסת שבהם נקבע שיעור יותר מד' אמות סביבם, שהוא חזקת תשמישין בחלקו של חבירו הסמוך לאכסדרה או לבית הכנסת, ובנקודה זו יש ללמד משיטת האגודה לנידון שבפנינו.

ועיין בספר עמק המשפט (להג"ר יעקב כהן שליט"א) ח"ג הלכות שכנים סי' טז שהביא שכן דעת הגרי"ש אלישיב שליט"א והג"ר מנחם מענדל שפרן שליט"א לחייב ההרחקה עפ"י התב"ע, ועי"ש שבאר הלכה זו בהרחבה כנ"ל.

אך בנידון שלפנינו, הנתבע קבל אישור מהעירייה, והיינו לאחר שהעניין נבדק מבחינת כללי התב"ע הנהוג במקום זה, אין מקום שבית הדין יורה לו להרוס את מה שבנה.

טענת התובע שנגרם לו היזק ראייה

במשנה במסכת בבא בתרא דף נט: - "לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין. לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה בחצר השותפין. בנה עלייה על גבי ביתו לא יפתחנה לחצר השותפין".

ובשו"ע חו"מ סי' קנד סעיף ג' - "לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו, ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו, מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח, יסתום".

ובסעיף ד' פסק השו"ע - "היה פתח של אחד מהשותפין בחצר קטן, אינו יכול להרחיבו, שהרי שותפו אומר לו בפתח קטן אני יכול להסתר ממך בשעת תשמיש, ואיני יכול להסתר ממך בפתח גדול. ואם היה הפתח גדול, לא יעשנו שנים, שהרי אומר לו בפתח אחד אני יכול להסתר, בשנים איני יכול". והרמ"א הוסיף - "היה לו פתח גדול, יכול לעשות שם פתח קטן, אבל לא במקום אחר".

וכתב הסמ"ע ס"ק טז - "נראה פשוט דדוקא בכה"ג דהיה שם מתחילה פתח או חלון גדול הוא דיכול לעשות ממנו שם פתח או חלון קטן. אבל כשהיה פתוח שם הכל והוא רואה משם לחצר חבירו, אינו יכול לסתום שם ולעשות שם במקומו פתח או חלון קטן. דעד הנה אף שראה בשל חבירו, מ"מ כשירצה יכול לעשות מחיצה לפניו דהא לא אחזיק עליו מה שאין כן כשירצה לעשות מחיצה והניח בו חלון או פתח קטן דעל ידי מעשה זה יחזיק בו לבסוף ולא יהיה בו כח למחות בו מלראות ... ועוד דבעי בעל החצר לאצטנועי מיניה טפי כשהיה לו חלון, דאז אפילו כשהוא בביתו יכול

מחיר כל דירה נקבע בהתאם לנתונים המסויימים המתאימים לאותה דירה (מיקום ושמש ואויר וכו') אך ודאי הדירות לא נמכרו דוקא בדרך של ראשונה בחשיבות או שניה וכו' שהמחיר נקבע מצד היותה של הדירה ראשונה ומכובדת יותר מהשניה.

ובכל מקרה מאחר והתובע לא תבע לחייב את הנתבע להרוס את מה שבנה, אלא תשלום פיצוי, הרי שגם הרא"ש בסוף התשובה לא כתב אלא שיוכל לעכבו, ולא כתב שיוכל לקבל פיצוי כספי אם אינו מציית, וכן באחרונים שבארו את תשובת הרא"ש והובאו לעיל לא הוזכר אלא הזכות לעכב אך לא הוזכר תשלום פיצוי, וכמו שכתבנו לעיל.

הזכות להוסיף בנייה בבית משותף

לכאורה היה מקום לטעון ששמעון אינו רשאי לסגור את המרפסת, מאחר והדירה היא בבית משותף, וכל תוספת בניה זקוקה להסכמת שאר השותפים בבנין.

עיי' בשו"ת משכנות ישראל (להג"ר ישראל גרוסמן) סי' ז' שנוקק לשאלה זו, והעלה שמאחר וללא ספק המרפסת היא חלק מהדירה שקנה בעל הדירה, ואינו נכנס לדין המבואר במסכת ב"ב דף סא שהמוכר את הבית לא מכר את היציע. על כן מאחר ובתוך שלו הוא בונה הרי הוא רשאי לבנות ובלבד שלא יכער את חזית הבנין. ועיי"ש שציין שכן הוא המנהג ואינו סותר את החוק. ואף שבפסק דין של בית המשפט קבעו שיש בזה משום גזילת חלק מהרכוש המשותף, זהו בניגוד לדין תורה, ומאחר שפסיקה זו אינה מעוגנת במנהג המדינה (שהונהג על פי חוק המדינה), אין להתחשב בזה.

ואף אם נחתם הסכם בין שמעון לבין החברה שמכרה לו את הדירה, (דבר שעדיין לא התברר בנ"ד), עכ"פ אין בכך שיורר בבעלותו של הקונה, אלא התחייבות שהיא מעניינה של החברה עם הקונה. ועל כן גם בנידון שלפנינו פסק דינו הנ"ל של שו"ת משכנות ישראל שריר וקיים, והטענה שהעלה הגר"ח הרצברג שליט"א בפסק דינו שהבאנו לעיל, שכביכול הקונה קנה רק זכות שימוש בקרקע המרפסת, בלא זכות לבנות עליה, היא טענה מופרכת, ומסתבר כמו שפסק בשו"ת משכנות ישראל בזה, ובודאי בנ"ד שגם העיריה נתנה לו היתר בניה, ולא מנעה ממנו לבנות בטענה מעין זו.

מסקנת פסק הדין

קיים חילוק בין הטענה שנטענה למנוע מהנתבע לבנות, עקב ירידה אפשרית של ערך הדירה של התובע, שטענה זו אינה מתקבלת, וכפי שהוכחנו מתשובת הרא"ש שבמקום שהאדם בונה בתוך שלו ואינו נוגע בשל חבירו אין מקום למנעו מכך. לעומת זאת אם במעשהו גורם היזק ראייה המתווסף על היזק הראייה שהיה קודם לכן, אף שכל מעשהו בתוך שלו, אינו רשאי. וטעם החילוק הוא דשאני היזק ראייה שהוא מגדרי הרחקת נוקי שכנים, ואינו נקבע על פי גדרי

ויצויין כי מלבד האפשרות למנוע את היזק הראייה שקבע המנחת יצחק, דהיינו לבנות כותל בלי חלון, קיימת אפשרות נוספת שבעל המרפסת יפתור את בעית היזק הראייה, וזאת עפ"י הדרך שהציע בספר משפטי התורה (לרב צבי שפיץ) ח"ב סי' נט - "מקובל היום בבתי הדין להציע למזיק שרוצה לבנות חלון, לעשות פתרון קבוע למניעת היזק ראייה לתועלת שני הצדדים. כלומר מיד עם בניית החלון או המרפסת ע"י המזיק מול הבית של חבירו, ילחים הבונה סורגים לפני כל השטח של החלון שהוא מוסיף, או יעשה את המעקה שלפני המרפסת באופן כזה: את כל השלבים של הסורגים במקום לעשותם עגולים יעשה אותם פס שטוח ברוחב של כ-5 ס"מ לפחות, את השלבים ילחים למסגרת הברזל במרחק קרוב בין שליבה לשליבה, כך שבמקום שילחים אותם למסגרת באופן ישר, דהיינו בזוית של 90 מעלות, ילחים אותם למסגרת בזוית של 45 מעלות לכיוון ההפוך שבו נמצא בית חבירו, וע"י כך יצליח למנוע את ההסתכלות לדירת חבירו שנמצאת ממול ... יטה את השלבים בהטיה לצד השני כדי שלא יוכל לראות דרכם את בית חבירו".

טענת התובע על ירידת ערך הדירה

טענה זו שראובן טען שערך הדירה ירד והוא ניזוק עקב סגירת המרפסת, לא הוכחה עדיין, אך יתכן ויש ממש בטענה מכיון שעקב הבניה נפגמה האפשרות לראות נוף, וגם השמש מעט מוסתרת. התובע בקש להביא שמאי שיעריך את המשמעות של ירידת ערך הדירה ולחייב את שמעון בכך, ועיין לעיל סי' כה שהארכנו בביאור הלכה זו.

והנה התובע הגיש לאחר הדיון עותק של חוזה שלדבריו נחתם עם הנתבע בעת קניית הדירה ובו הקונה מתחייב להמנע מבניה ללא אישור החברה.

אמנם המסמך הוגש לאחר הדיון ולא נשמעה תגובתו של הנתבע לכך. אך גם לפי טענת התובע, הרי שמסמך זה הוא מסמך שנחתם בין המוכר לקונה, ואילו החברה דהיינו המוכר היה מגיש תביעה בגין הפרת הסכם, היה מקום לדון בתביעה זו, אך התובע בדיון הנוכחי שאינו צד להסכם, אינו יכול לתבוע מימוש הסכם זה. ויצויין שבכל מקרה אף אם הסכם זה מחייב את הנתבע, עכ"פ ודאי אין מקום להשוות נידון זה למש"כ הרא"ש בסוף התשובה הנזכרת. וכמו שכתב בשו"ת עמק שאלה דהתם בנידון שבתשובת הרא"ש "מתחילה מכרו הקהל הראשון ביוקר והשני בפחות והשלישי בפחות מהשני, והרי זה כמו שהתנו בתחילה שיהיה הוא ראשון וחבירו שני דוקא, ובכה"ג אין יכול לשנות דבר מכפי קנייתו", דהיינו מעיקרא המחיר נקבע בהתאם למיקום, מאחר והראשון מפני היותו ראשון הוא מכובד יותר ועל כן מחירו גבוה ביותר והשני מפני שחשוב פחות מחירו נמוך מעט וכך הלאה, ואם הראשון כבר אינו ראשון, בטל הבסיס לקביעתו כיוקר ביותר. משא"כ הכא אך שמסתמא

משנת רבי אהרן (להג"ר אהרן קוטלר ז"ל) כרך א' על הלכות שכנים (מעמוד פ' והלאה) שהאריך בביאור גדרים אלו. ועל כן בנידון שלפנינו במידה שיתברר שאמנם בעקבות הבניה שבנה הנתבע במרפסת הורחב היזק הראיה, עליו להביא לביטול היזק זה, ועל פי אחת משתי הדרכים שהבאנו לעיל.

הלכות מזיק בגרמא, אלא שורש הדין נובע מתקנת חכמים שתקנו בשכנים שמאחר והם מתגוררים זה בסמיכות לחבירו, תקנו חכמים שיש לכל שכן זכות למנוע מחבירו לעשות מעשה שיש בו למנוע ממנו השתמשות חופשית בביתו, והמזיק מחוייב להרחיק את עצמו ולמנוע הנזק, עיין בספר

סימן כט

זכותו של דייר בבית משותף לבצע שיפוץ בבניין

ככתוב ומבואר באר היטב בחוק "בתים משותפים" פרק ו' סעי' 52, כי פרט לחלקים הרשומים כדירות, שכל אחד הוא בעלים בדירה שלו פנימה "כל חלקי הבית המשותף, הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים וכו' אפילו הם בתחומי דירה מסויימת, דין רכוש משותף להם", וא"כ בודאי ובודאי שהמערערים יכולים להתנגד לכל שינוי ברכוש המשותף ... והאיסור בלי הסכמה ברור גם בלאו הכי, עכ"ל.

לפיכך כל שותף חייב להשתתף בכל ההוצאות הדרושות להחזקת הרכוש המשותף, כגון יסודות גג ומרזב וכיוצ"ב, (עיין בספר נתיבות המשפט סי' קס"ד סק"ג בשם הירושלמי), ואף אחד מהשותפים אינו יכול להיפרד מהשותפות ברכוש המשותף בלא הסכמת שאר השותפים.

מטעם זה, במקרה שבפנינו, צינור הניקוז המקורי היה רכוש משותף, ומלכתחילה לא היה היתר לסותמו ולהסדיר ניקוז חילופי, בלא רשות כל בעלי הדירות.

ביחס לצינור הניקוז המקורי, אם אכן הצינור התקלקל, היה ניתן לחייב את כל הדיירים להשתתף בתיקונו. ונציין למש"כ בקונטרס "חיובי שכנים ותקנת הקהילות מרבינו שבט הלוי" עמ' כב שצינור ביוב מרכזי שבזמננו שנתהווה בו חור, אפילו היה החור בקומה העליונה, עפ"י המנהג הנהוג בזמננו, כל דיירי הבניין חייבים לשאת בהוצאות התיקון, ולא רק הדייר שבקומה העליונה.

כיון שכן, שני הצדדים נהגו שלא כדין בעת שביצעו עבודות בנייה ברכוש המשותף, בכל הכרוך בהסדרת הניקוז בגג, בלא רשות מפורשת של כל השותפים, דהיינו של כל בעלי הדירות. ואפילו אחד מהשותפים רשאי לעכב, וכמו שפסקו הטור והשו"ע חו"מ סי' קנ"ד ס"א (ברמ"א) בשו"ת לחם רב סי' קל"ט ובתשובת ציץ אליעזר הנזכרת לעיל, שאין אחד השותפים רשאי לשנות דבר ברכוש המשותף, בלא הסכמת כולם.

ב. טענת הנתבע שעשה את העבודות לאחר שהתובע בקש ממנו או הציע לו לעשות כן, אינה מתקבלת ומלכתחילה לא היה היתר לביצוע עבודות אלו בלא רשות של כל בעלי הדירות. הטענה מצד הנתבע לחשש מאלימות התובע אינה מתקבלת, ולא הצדיקה את עבודת בנייה ברכוש השותפים בלא רשות כל השותפים.

הצדדים הופיעו בבית הדין לדיון בתביעות ממון הדידות. וחתמו על שטר בורות.

הצדדים שכנים בבניין משותף שיש בו ארבע קומות, ומתגוררים זה מעל זה כשהנתבע מתגורר בקומה העליונה שלש קומות מעל התובע.

בתחילה התובע ביצע שינוי בניקוז הגג, וסתם את המרזב המקורי, עקב בעיות שהמרזב העובר בסמוך לדירתו הסב לו, בעיות של רעש וחלודה, והסדיר מרזב חילופי. שינוי זה הביא את הנתבע לביצוע עבודות במרזב, ולהוצאות כספיות שנגררו כתוצאה מהצורך להתאים מערכת ניקוז חדשה, צורך שבא לעולם כתוצאה מהעבודות שעשה הנתבע בתחילה.

התובע טוען שהמרזב הנוכחי מטפטף למרפסת שלו ומסב לו נזק, הנתבע תובע החזר הוצאות שנגרמו לו עקב כך שנאלץ להוציא סכומי כסף לפתור את בעיית הניקוז שנגרמה מעבודות התובע.

לאחר העיון בטענות הצדדים אנו פוסקים:

א. אמנם בגמ' ובשו"ע חו"מ סי' קסד מבוארת ההלכה על מי מוטלים התיקונים השונים בבנין שבו כמה דירות השייכות לבעלים שונים, אך כיום ההלכה המחייבת נקבעת על פי העיקרון שבבניין כזה, שלד הבניין מהיסודות ועד הגג, הכל רכוש משותף של כל בעלי הדירות. שיתוף זה נקבע על פי מנהג המדינה שהתקבל בעקבות חוק המקרקעין פרק ו' המתייחס לבתים משותפים, והקובע שכל אדם שיש לו דירה בבנין משותף נעשה שותף בכל הרכוש המשותף המיועד לדיירי הבניין. בסעיף 52 לחוק המקרקעין, נאמר שהגג, הקירות החיצוניים, מתקני מים וכיוצ"ב המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם דינם כרכוש משותף אפילו הם בתחומי דירה מסויימת.

הטעם לכך הוא מפני שהקרקע שהבניין עומד עליה היא קרקע משותפת לכולם. והדבר ברור כי בעת רכישת הדירות, הוסכם על שיתוף זה, שנקבע עפ"י המנהג, (ואין כאן פסיקה מכח חוקי ערכאות הסותרים דין תורה, אלא בסתמא הסכמת השותפים לעניין תנאי השותפות ביניהם, מתפרשת עפ"י החוק והמנהג, ולהסכמה כזו תוקף עפ"י דין תורה, עיין חת"ס חחו"מ סי' קמ"ב ד"ה והנה בקצה"ח).

וכן פסק בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' טט, וז"ל – "אין חולק שיש לכל שטח המריבה דין של בעלות משותפת,

קנג ס"ק יט, ועיין סי' קנה ס"ד ברמ"א ובסמ"ע ס"ק טו ובנתיבות המשפט סי' קסד סק"ב שבאר דברי הרמ"א. על הנתבע למצוא דרך להביא לידי כך שהמזוב שהתקין לא יזיק לתובע או לשכן אחר. אך כל תיקון הכרוך בעבודת בנייה בשטח המשותף, וכן כל עבודת בנייה שתיעשה מכאן ולהבא ברכוש המשותף, לא בוצע אלא בהסכמה מראש ובכתב, של כל בעלי הדירות.

הנתבע היה רשאי לתבוע מהתובע בבית הדין, להחזיר לקדמותו את הניקוז כפי שהיה מלכתחילה, כשהעילה היא פעולת בנייה ברכוש המשותף בלא רשות, וכאמור לעיל. מכיון שלא עשה כך, אין מקום כעת לתביעת הנתבע לקבל מהתובע החזר הוצאות. ג. כל עוד אין הסכמה מצד התובע, הנתבע אינו רשאי להתקין מרזב שמימיו נשפכים או מטפטפים לתוך המרפסת של התובע, עיין חו"מ סי' קנג סעיף ו' וסעיף ט' ובסמ"ע סי'

סימן ל

בעל דירה בבניין משותף, הנהנה מהרחבת דירה של שכנו

וע"ע בפירוש רבינו גרשם על המשנה ובדף ו. שפרש ביאור אחר מרש"י בסוגיא. ופסקו כל הפוסקים כרב נחמן.

לכאורה, בנ"ד היה מקום לומר, שיציקת הרצפה על פני כולה יחשב כאפריזא ואקבועי דכשורי שמודה בהם רב נחמן. מאחר ובכך הנתבעים מביעים את כוונתם להשלים את הבניה במועד אחר.

אך נראה שמאחר שמעשה יציקה זו הובהר על ידם כאמור לעיל, אין מקום שלא לקבל דבריהם ולהניח שיציקה זו מביעה תחילת הרחבה, בו בזמן שאנו רואים שאין המשך להרחבה זו. ובחי' הר"ן עמ"ס ב"ב דף ו. כתב בשיטת רב נחמן – "כללא דמילתא, דכל היכא שצורת הבניין מוכחת שדעתו להוסיף, בכה"ג מודה רב נחמן סמך לפלגא סמך לכולה, הא לאו הכי למאי דסמך סמך ולמאי דלא סמך לא סמך".

על כן בנידון שבפנינו, צורת הבניין דהיינו היציקה בכל השטח, אינה מוכיחה בהכרח שכוונת הנתבעים להוסיף, ויתכן שכוונתם היא אכן כפי שנאמר על ידם, למנוע טרדת הכנסת החול לביתם, בכה"ג אמרינן - דלמאי דסמך סמך ולמאי דלא סמך לא סמך.

והנה בביאור מחלוקת רב הונא ורב נחמן כתב בספר דברות משה להג"ר משה פיינשטיין ז"ל עמ"ס ב"ב (עמ' קכט), וז"ל – "פליגי ר"ה ור"נ בסמך לפלגא ... ואירי דליכא היכרא איך יעשה, דבאיכא היכרא מודו, דהוא כפי ההיכרא כמפורש בגמ'. וצריך להבין במאי פליגי.

והנכון לענ"ד, דהנה זה ודאי באם אמר שיותר לא יעשה, לא גרע מהיכרא, שלא שייך לחייבו על מה שלא סמך כל זמן דלא יבנה יותר. וא"כ צ"ל שפליגי כשגם הוא עצמו אינו יודע אם יבנה יותר, דמסופק אולי יצטרך ליותר, או שמסופק אם יהיו לו מעות על הוצאה דלבנות יותר. ולכן תליא זה בחיוב דסמך. דהא מסתבר דמה שבנה היותר מדי' אמות שהוא על מקום שניהם, נחשב שבנה גם עבורו והוי כיווד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שודאי בנה זה עבור בעל החורבה, וכמו כן הכא שבנה על מקום תרוייהו, הוא

הצדדים מתגוררים בבית משותף, שבו שבע קומות, התובעים גרים בקומה השניה והנתבעים בקומה הראשונה. התובעים הרחיבו את דירתם בשטח של כמאה מ"ר. הנתבעים בנו בחלק מהשטח שמתחת להרחבה, ובשאר השטח יצקו רצפה, אך לא בנו.

הנתבעים הבהירו שבעתיד הרחוק, במועד בלתי ידוע הם ירצו להמשיך ולהרחיב את דירתם מתחת להרחבה של התובעים, בשטח הנוותר שעדיין לא בנו בו. ביחס ליציקת השטח ברצפה, הבהירו הנתבעים, שלאחר שהתובעים סיימו את בניית ההרחבה עבורם, נשארה הקרקע שמתחת להרחבה, שטח מלא חול, במקום הדשא שהיה קודם להרחבה, והחול הסב להם טרדה רבה כשהילדים נכנסו עם נעליהם לחול והכניסו את החול לבית, על כן נאלצו ליצוק ריצפה, אך יציקת הרצפה אינה השלב הראשון להרחבה העומדת להתבצע בקרוב, אלא כהגנה מהמטרד הנ"ל.

בפסק דין שניתן בעבר, בית הדין חייב את הנתבעים להשתתף עם התובעים במחצית מהוצאות הבנייה ששימשה את שני הצדדים, כיסודות, עמודים תקרה וכיוצ"ב.

כעת עלינו לפסוק בשאלת חיוב הנתבעים בהוצאות הנ"ל גם בשאר השטח, שעליו הנתבעים רק יצקו אך עדיין לא בנו. במשנה במסכת בבא בתרא דף ה. שנינו – "כותל חצר שנפל, מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות ... מדי' אמות ולמעלן, אין מחייבין אותו. סמך לו כותל אחר, אע"פ שלא נתן עליו את התקרה, מגלגלין עליו את הכל".

ובגמרא בדף ו. – "סמך לו כותל אחר, מגלגלין עליו את הכל כו'. א"ר הונא סמך לפלגא סמך לכולה, ורב נחמן אמר למאי דסמך סמך, למאי דלא סמך לא סמך. ומודה רב הונא בקרנא ולופתא. ומודה רב נחמן באפריזא ובקבעתא דכשורי". ופרש רש"י – "ומודה רב נחמן באפריזא ובאקבועי כשורי. לענין גובה דקאמר רב נחמן דלמאי דלא סמך לא סמך, מודה הוא שאם עשה ככותל שסמך מקום הנחת ראשי קורות עלייה על פני כולה, סופו להגביהו עוד כשיעור גובה עלייה וניחא ליה בגובה דכותל ראשון ונותן חלק בכל גובהו".

הכותל, לפי שזכתה לו חצירו, שהרי הכותל בנוי על חצי חלקו בקרקע ... וכל זמן שיחפוף להשתמש בו יזכה בחציו, ... דקניה ליה חצר". וכן כתב הרשב"א בתשובה חלק ב' סי' רמו – "דכיון שבנה כותל אחד שכנגדו, ונתרצה בקניית האבנים, והבניין שבנה חבירו, מיד קנתה לו חצרו. ואותן אבני הבניין, שבניין בחלקו, ונתחייב בדמיהן".

וכן כתב בחידושי הריטב"א (ב"ב דף ה.). "דכיון דברשותו עומד כיון דגלי דעתיה דניחא ליה זכתה לו חצרו ונתחייב בו, שנעשה לו כשדה העשויה ליטע". וכן בנימוקי יוסף.

ולפי זה נראה שאליבא דפירוש החזו"א והגר"מ פיינשטיין ז"ל, נידון דנן שנוי במחלוקת רב הונא ורב נחמן, מאחר שגם במקרה זה, אמנם הנתבעים מהבחינה העקרונית מעוניינים בעתיד להרחיב את דירתם, אך זהו רצון גרידא שאינו מוכיח על כוונה מעשית במועד קרוב להמשיך את הבניה, ויתכנו גורמים רבים שבסופו של דבר יביאו אותם לידי החלטה להימנע מהשלמת הבניה, בעיית מימון, או בעיות אחרות. בנסיבות אלו, יש להורות שדינם של הנתבעים כמי שסמך לפלגא ואינו כמי שסמך לכולה, כל עוד מעשיו כעת אינם מוכיחים שכבר כעת בכוונתו לקנות מחצית מהיסודות והעמודים שהתובעים בנו בשאר השטח, לצורך המשך ההרחבה בשטח זה, שהרי מדוע ירצה כבר כעת לקנות חלק ביסודות ועמודים כשקיים ספק אם אכן ישתמש בהם.

ונראה שאליבא דהלכתא דקיי"ל כרב נחמן, הבעת רצון להמשיך לבנות אין בה ממש, כל עוד לא נעשו פעולות ממשיות בשטח המבטאות המשך הבניה. דומיא דהמבואר בגמ' המקרים שבהם מודה רב נחמן לרב הונא, בהם קיימות פעולות של המשך בניה, מלבד חלק הכותל שכבר נבנה, ולא מצינו, בש"ס ופוסקים, שכתבו לחייב את השותף עקב אמירה גרידא, שבה הוא מודיע על רצון להמשיך לבנות בעתיד, כל עוד לא החל בעבודות מעשיות בשטח.

והטעם מפני שאליבא דרב נחמן אין די באמירה בלבד המבטאת רצון לבנות, אלא יש צורך במעשים, שהם למעשה המשך עבודות בניין המוכיחות שבעתיד ישלים את העבודות, על כן עם תחילת עבודות אלו ברצונו לקנות את חלקו במה שכבר בנה חבירו בחצר המשותפת.

אך אין סברא שכבר כעת ירצה לקנות בקניין חצר עקב רצון שאין לאחריו כל פעילות מעשית בשטח המוכיחה התחלת השלמת הבניין.

מסקנת הדברים - אין לחייב את הנתבעים כעת, עבור היסודות והעמודים של שאר השטח שלא נבנה עדיין. לאחר שיתחילו לבנות על אותו שטח, יחוייבו בתשלום, כפי שחוייבו על השטח שכבר בנו.

נמצא שבנה לתרוייהו. וכן מפורש ביד רמ"ה בסי' ח' בד"ה ושמעינן נמי, ומטעם זה כתב דיכול בע"כ לשלם לו דמי חצי הכותל ולהיות שותף בכותל עיי"ש. אך שכל זמן שלא סמך לו כותל שאין לו צורך ביתרון, אינו יכול לתבוע ממנו בעד השבח אף לא כשיעור היציאה, כדבארתי לעיל בסוגיא דהמקיף דאין צריך לשלם בעד מה שהושבח למכירה, משום דאפשר לא ימכור כלל, אלא בעד מה שהושבח לעצמו, שכיון שלא יסמוך כותל נמצא שלא הושבח לו כלום. ולכן כשסמך כותל, שעתה הושבח לו חייב. וכשסמך לפלגא וברור לו שלא יסמוך יותר כגון שעשה היכר או שאמר בפירוש כן, הרי ברור שלא הושבח לו רק למה שסמך, וא"כ הוא רק בברור לו של יסמוך יותר. אבל במסופק בעצמו שמא יצטרך לסמוך עוד, נמצא שזה גופיה הוא שבח גם היום לעצמו מה שבידו לסמוך כשיצטרך וזהו טעמא דר"ה, לכן סובר דבלא היכרא הוא כסמך לכולה.

אבל י"ל דכיון דמתחילה שלא חשב לבנות כותל, לא היה לו שום שבח בהגבהת הכותל, ואינו יכול לתבוע ממנו אף לא דמי היציאה, שייך היתרון רק להבונה, וצריך כשסמך כותל, לקנות מהבונה מחדש ... ולפי זה אין צורך לו לקנות קודם שצריך, דרך כשיצטרך, יקנה. וכשהוא מסופק נמי, כיון שאפשר שלא יצטרך, למה לו לקנות קודם שיוודע בבירור שצריך. דאף לטעם הראשון שהספק עצמו נחשב לצורך נמי, אין לו למחר לקנות בשביל צורך זה, דהרי יכול לחכות לקנות כשיבורר לו בודאי שצריך, וכ"ש לטעם ב' שמספק אין לחייבו לקנות. וזה סובר רב נחמן, ולכן למאי דלא סמך לא סמך ופטור". עכ"ל הגאון רבי משה פיינשטיין ז"ל.

ועיין בחזו"א בבא בתרא סי' ב' ס"ז שכתב בביאור שיטת רב הונא – "דעל הרוב אין בני אדם מפיקים רצון מקנין לחצאין, ואם מוכרח לקנות חלק בכותל חבירו, רצונו לקנות מחצית הכותל לגמרי, וזה שאמר שאין רצונו אלא למחצה טוען מלתא דלא שכיחא ... ולפי זה אין הטעם דסמך לפלגא סמך לכולה משום דאנו מחליטים שדעתנו לגמור עכשיו, אלא דאמרין דניחא ליה בכולו כיון דאפשר דלאחר זמן ירצה לגמור".

ולפי זה סברת רב נחמן היא, שהטענה שאין בכוונתו לקנות אלא חלק מהכותל, היא טענה המתקבלת, כל עוד לא הוכח להיפך ממעשים בגוף הכותל שממנו מוכח שכבר החל להמשיך לבנות.

יצויין שביאור החזו"א והגר"מ פיינשטיין ז"ל מיוסדים על ביאור רבינו יונה בסוגיא וכן הרשב"א בתשובה, הריטב"א ונימוקי יוסף שכתבו בטעם החיוב לפי שזכתה לו חצירו משעה שקבל עליו והוי שלו ומשלם על מה שקנה. ולהלן דבריהם, בספר עליות דרבינו יונה (ב"ב ה.). כתב – "קנה חצי

סימן לא

דרכי הפעלת סמכות הציבור כנגד תושב הקהילה

אייר תשס"ו

החיצונית של המושב, ולעניין זה אין חילוק בין אם לשלט אופי של פרסום מסחרי או הנצחת נופלים במערכות ישראל. וזאת מפני שאין המדובר במעשה שאדם עושה בביתו בלא שתהיה למעשיו השלכה על הציבור, על כן הציבור רשאי לקבוע כיצד יראו פניו החיצוניים של המושב.

ב. במידה ולאחר עיון בתקנון המושב יתברר שתחום סמכותו של הועד, מצומצם לנושאים ידועים ומוגדרים, ומהתקנון עולה שהנושא הנ"ל אינו בכלל סמכותו. יש מקום לכנס אסיפה כללית ולהסמיך את הועד לקבוע הוראות גם בנושאים אלו.

אך במידה שהתקנון אינו מתייחס לנושא זה, הרי שדינו של ועד המושב כשבעה טובי העיר המוסמכים לתקן תקנה ציבורית, הנוגעת לזכותו או אי זכותו של החבר והתושב להציב שלטים וכיוצ"ב.

בכל מקרה מזכיר המושב, אינו מוסמך לקבוע הוראות המתייחסות להצבת שלטים על דעת עצמו, גם אם הדבר נעשה לאחר התייעצות עם הרב. אלא במידה והוא הוסמך בפירוש על ידי הועד לפעול כך עפ"י החלטה מפורשת של הועד.

המקורות ההלכתיים לקביעות הנ"ל הם כדלהלן - עיין תשובת מהר"י בן לב חלק א' סי' פ' במש"כ - "על הטענה שטען הקונה שזה האיש המוכר היה לעולם ראש וממונה מהקהל והוא ליה כמו בית דין שמכרו שפשיטא שממכרן ממכר, אף על זאת הטענה לא הייתי סומך עליה. לפי שסתמא של ממונים בזאת העיר היא, לצאת ולבא בקהל בענייני המסים והארנוניות, ולא לפקח על עסקי יתומים".

ובספר מטה שמעון (להג"ר מרדכי שמעון ז"ל מחכמי קושטא לפני מאתיים וחמשים שנה) ח"ג חו"מ סי' רלא הגה"ט אות יז כתב - "במקום דממנים פרנסים לזמן לפקח בענייני העיר, אין כח בידם לתקן דבר חדש אם לא בהסכמת כל אנשי העיר. דעד כאן לא אמרו הני רבוותא ז"ל אלא היכא דנהגו לסמוך על פי ז' טובי העיר בכל מה שיתקנו ויגזרו אומר עליהם, ואפילו שלא התנו בפירוש סתמו כפירוש, והרי הם כגדולי הדור ויש בידם כח לתקן דבר חדש בהסכמת רוב אנשי העיר. משא"כ היכא דהם ממונים פרנסים לזמן לפקח בענייני הציבור לגבות המס ולהוציא הוצאות העיר בדברים הנהוגים, ועל כל צרה שלא תבוא. לאו כל כמיניהו לתקן ולחדש איזה דבר חדש ולהפקיע ממון אפילו בהסכמת רוב אנשי העיר, ואפילו אם הסכים עמהם חכם העיר המורה צדק, כיון דעינינו הרואות דמה שקבלו אנשי העיר לחכם העיר, היינו לדון את דיניהם כו', ולא

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי א. ממושב ב. כנגד שני חברי המושב. וכן בפנינו תביעה שהוגשה על ידי יו"ר ועד המושב כנגד א.

תביעתו של א. מתייחסת לשלט - אנדרטה, שהציב בחלקה חקלאית המצויה ברשותו, והוסר תוך גרימת נזק ישיר ועקיף וכן עגמת נפש.

תביעת יו"ר הוועד היא תביעה להסרת השלט והאנדרטה שהציב א. בחלקתו,

בית הדין שמע את הטענות המפורטות של הצדדים, ועיין בחומר הכתוב שהוגש.

בטרם נכנס להכרעה לגופן של תביעות, נציין שהתרשמנו שבכל הקשור לאירוע הצבת השלט והסרתו, כל אחת מהצדדים הנוגעים בדבר פעל בתום לב ועפ"י מיטב הכרתו ושיקול דעתו, אך עקב תפיסה שונה של הדברים, אירעה ההסתבכות, שתמצא את פתרונה בקביעת כללי התנהגות המחייבים את כל הנוגעים בדבר, והפעלת הסמכות הציבורית בדרך הנכונה.

נקדים כמה קביעות עקרוניות, הנוגעות למערכת היחסים שבין הציבור באמצעות נציגיו הנבחרים והמוסמכים, ובין החבר במושב.

א. חברי המושב, רשאים לבחור ועד מושב ולהסמיכו לקבוע את כללי ההתנהגות במושב, ואת מערכת הזכויות והחובות של כל אחד מחברי המושב.

במסכת בבא בתרא דף ח. נאמר - "רשאיני בני העיר להתנות על המידות ועל השערים, ועל שכר פועלים, ולהסיע על קיצתן". ובתשובת הרשב"א חלק ד' סי' קפה נקבע - "דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגדור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות, כפי מה שיראה בעיניהם, והרי הוא קיים כדין התורה. ויכולים לקנוס ולענוש כל העובר בכל אשר יסכימו ביניהם".

אין צורך שכל הציבור יתכנס לאישור התקנות אלא די באישור נציגיו שהוסמכו לכך. וכמ"ש בחידושי הרמב"ן במסכת מגילה דף כה - "מאי דאמרינן (ב"ב ח' ב') רשאיני בני העיר לעשות קופה תמחוי ולהתנות על השערים ועל המידות ולהסיע על קצתן. דשבעה טובי העיר הם המתנים, ואפילו שלא במעמד אנשי העיר". וכן הביא בתשובת מהר"ם אלשיך סי' נט בשם הרשב"א שטובי העיר בתקנתם כבני העיר, גם אם יש מיעוט מבני העיר המתנגד למעשיהם.

ועד המושב הנבחר על ידי כלל התושבים מוסמך לקבוע האם התושב או החבר רשאי להציב בחלקה הפרטית שלו שלט הנראה בפרהסיא, ושיש בהצבתו השפעה על חזותו

חוקים חילופית לדין תורה, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף א'.

אך עפ"י ההלכה לא ניתן לתקן תקנה המסמיכה את אותו גורם שיפוטי לשמוע צד אחד בלבד, ולפסוק בהעדר הצד השני, עיין שו"ת מהר"ם שיק חלק חו"מ סי' ב'.

ה. טענת "עביד איניש דינא לנפשיה" שעלתה בדיון אינה במקומה. הלכה זו נאמרה כשאדם מבקש להוציא את שלו מיד חבירו, עיין שו"ע חו"מ תחילת סי' ד' שאדם רשאי ליטול ממונו שגזול על ידי אחר, ועיי"ש ברמ"א בשם י"א דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו כגון שגזלו וכו', אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר, לא. ומקורו מהמרדכי ב"ק סי' ל' בשם רבינו מאיר, הובא בתשובת מיימוני נזיקין סי' יד.

לפי האמור לעיל, מטעם נוסף אין מקום לטענה זו. מפני שבהעדר הוראה מוסמכת מטעם הועד, לא היה כאן "דין" שהיה ניתן לעשותו, ולהיתלות בטענת עביד איניש דינא לנפשיה.

על כן בהתאם לעקרונות הנ"ל אנו פוסקים כדלהלן א. במקרה הנוכחי לא הוצגה בפנינו החלטה מוסמכת של ועד המושב השוללת הקמת שלט ואנדרטה, על כן אם התובע יו"ר הועד, מבקש לאכוף הסרת השלט והאנדרטה, עליו לפעול בהתאם לאמור לעיל.

ב. האדם שהזיק לא. בהסרת השלט והאנדרטה מחוייב בתשלום הנוק.

על פי ההלכה אין שליח לדבר עבירה (לרבות נזק לרכוש), ומעשי השליח אינן מחייבים את המשלח, לכן יש לחייב את המזיק ולא את שולחו. לעת עתה לא ידוע לבית הדין מי האדם שנהג בטרקטור וגרם את הנוק הנטען, על כן לא ניתן לחייבו. אך מאחר שהנתבע נטל על עצמו את האחריות לנזק שהזיק נהג הטרקטור, עליו לשלם את הנוק שנגרם.

ביה"ד ממליץ לצדדים למנות אדם מקצועי המקובל על שני הצדדים שיעריך את שיעור הנוק, והערכתו תחייב את הצדדים.

המחום עליהם לא להמורה צדק ולא לפרנסים לסור אל משמעתם בכל אשר יגזרו אומר בתיקוני העיר ... מעולם לא נתנו להם כח לעשות דבר חדש אלא למאי דנהוג ... וכי איתמר האי דינא דשבעת טובי העיר היינו כגון קושטא יע"א דמלבד הממונים לפקח בענייני הציבור איכא ראשים עליהם ונקראים טובי העיר והם רשאים לתקן ולחדש ככל אשר יוכשר בעיניהם בהסכמת רוב בנין אנשי העיר ומלכם בראשם הרב המורה צדק דכך נהגו בקבלתם מימי עולם, וכה"ג אמרינן דסתמו כפירושו. לא כן במקומות דממנים פרנסי הזמן ומתחלפים מזמן לזמן כאמור, עכ"ל.

מבואר בדבריהם שקיימת הבחנה בין סמכותו של בעל תפקיד ציבורי, שנקרא בזמנו פרנס העיר או הקהילה, והיום נקרא מזכיר המושב, ובין סמכות שבעת טובי העיר, שהם בימינו חברי מועצת העיר או ועד המושב.

ג. לאחר שיוחלט על ידי ועד המושב על כללי הצבת שלטים וכיוצ"ב, ולמרות זאת אחד מהחברים אינו מצייט להוראה זו, יש לזמנו לבירור ולשמוע את טענותיו, ובמידה שטענותיו אינן מתקבלות, ניתן להורות על הסרת השלט בידי המזכיר או אדם מטעמו, ובלבד שיקפידו להימנע מנזק שאינו הכרחי להסרת השלט.

ד. יובהר בזאת, כאמור עפ"י ההלכה, החלטת הועד מחייבת את כלל הציבור, אך היא אינה עדיפה על כל הוראה אחרת הקבועה בהלכה, שבמידה וקיים סכסוך בין שני צדדים, לא ניתן לעשות מעשה באופן חד צדדי עפ"י הלכה כזו או אחרת הפסוקה בשלחן ערוך, בלא לקיים בירור בין שני הצדדים בפני גוף שיפוטי מוסמך שישמע את טענות הצדדים, ורק לאחר מכן יפסוק ופסיקתו מחייבת את שני הצדדים.

על כן אם הועד או המזכיר סבור שהוראה מסויימת של הועד אינה מבוצעת כמתחייב, עליו לזמן את הנתבע לבירור בפני גוף שיפוטי מוסמך שישמע את טענות הצדדים. אין מקום לנקיטת צעד חד צדדי, המסב נזק לצד השני.

גוף זה יכול להיות בית דין או הרב המקומי או גורם אחר שנקבע מראש על ידי הועד, לרבות אנשים מתוך ועד המושב שהוסמכו לכך, אך לא ערכאות הדנות עפ"י מערכת

סימן לב

שני בני זוג לאחר גירושין, וכל אחד מהם תובע לרכוש את הבית המשותף

כג כסלו תשס"ד

לצדדים חלקת קרקע בשטח של דונם אחד, עליה נבנה בית המגורים. הצדדים התגוררו בבית זה בתקופת הנישואין, ובפסק דין קודם, בית הדין קבע שנכס זה שייך לשני הצדדים בחלקים שווים.

בפני בית הדין תביעת הבעל (לשעבר), לקבוע את זכותו לרכוש את חלקה של גרושתו בבית המשותף. הנ"ל תובע לאפשר לו לרכוש את חלק האשה בנכס, וזאת מפני

המקרה הנידון

הצדדים היו זוג נשוי עד לפני כשנה. לפני כן הבעל עזב את דירת המגורים המשותפת, עזיבתו נעשתה תוך כדי הדיונים בתביעת הגירושין, ומאז הוא מתגורר מחוץ לדירה זו. האשה מתגוררת כעת בדירה, וזאת עד שתתקבל הכרעה בשאלת חלוקת הרכוש המשותף.

תרווייהו. אבל אלו אמר ליה חד מנייהו לחבריה גוד או איגוד, הכי נמי דכיפינן ליה לחבריה עד דאגיד להו או עד דמוגד לתרווייהו.

והמאירי בבית הבחירה עמ"ש ב"ב (שם) כתב - "כל שהתובע אומר גוד או איגוד אין משגיחין בנתבע כמו שביארנו, אבל כל שהתובע אומר גוד ולא אמר או איגוד, או שאמר איגוד ולא אמר גוד ר"ל שלא נתן הברירה לחברו, אין משגיחין בו כלל. הילכך אם שניהם אומרים זה לזה גוד מוכרין אותה ואם שניהם אומרים איגוד ואין רוצים למוכרה מניחים אותה כמו שהוא ... וכיצד הם משתמשין בדבר זה אם הוא חצר העומדת לשכירות משכירין אותה וחולקין השכר ביניהם ואם עומדת לדירה ואין האחד רוצה לדור עם חברו מצד הזק ראייתו, כתבו גאוני ספרד שדר זה בה שנה וזה שנה, ואין כופין זה את זה לדור מחדש לחדש שהרי אמרו כל תלתין יומין לא מצינא דאטרח וגדולי המפרשים חולקין לומר שאין כופין זה את זה לפנות אלא כל אחד אומר לחברו או מכור חלקך או סבול הזק ראייה".

ובטור חושן משפט סי' קעא כתב - "ואם אין שום אחד מהן רוצה למכור, אלא לקנות ... ישארו שותפין, והוי דינא הכי אם הוא דבר שאינו ראוי לשניהם להשתמש בו יחד ישתמש בו כל אחד יומו או ישכירוהו ויחלקו השכר".

וכן פסק להלכה בשו"ע חו"מ סי' קעא סעיף ח' (וכתב כלשון הרמב"ם) - "אמר כל אחד מהם איני מוכר אלא כל אחד מהם רוצה שיקנה חלק חברו ... ישארו שותפים. אם היה המקום עשוי לשכור שוכרין אותו וחולקים שכרו. ואם אין המקום עשוי לשכור, אם הוא חצר (או חנות או בית שאי אפשר להם לדור ביחד) (טור), שוכנים בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחד, מפני היזק ראייה, שהרי אין בה דין חלוקה".

העולה מדברינו - מבואר בדברי הר"י מגאש שבמקום ששניהם אומרים "איגוד" בלבד, "שבקי ליה כדאיתנהו, ומשמי בהו תרווייהו". ברמב"ם בטור ובשו"ע הוסיפו שדרך השימוש תהיה חלוקה לזמנים, ואם הנכס מתאים להשכרה, ישכירוהו ויחלקו בפירות הנכס.

במקרה דנן שני שותפים, איש ואשה לאחר גירושין, אין מקום להורות על חלוקה לזמנים או על השכרה וחלוקת שכר הדירה מאחר ובדרך זו שניהם ימשיכו להיות שותפים בעיסוק קבוע ומתמשך לאורך שנים רבות, בניגוד להלכה המבוארת בשו"ע אה"ע סוף סי' קיט "ובלבד שלא יהא לו עסק עמה". (וכן נקטו בפשיטות בפד"ר ח"ג עמ' 73 בפס"ד מבית הדין הגדול, יעו"ש)

בגמ' במסכת כתובות דף כח. נאמר - "מי נדחה מפני מי ת"ש דתניא היא נדחית מפניו, ואין הוא נדחה מפניה, ואם היתה חצר שלה הוא נדחה מפניה. איבעיא להו היתה חצר של שניהם מהו. ת"ש היא נדחית מפניו, במאי עסקינן אילימא בחצר שלו, פשיטא. ואלא בחצר שלה, והתניא אם היתה חצר שלה הוא נדחה מפניה. אלא לאו כי האי גוונא.

שבסמוך לבית, נמצאת חלקת קרקע חקלאית השייכת לו מקדמת דנא, חלקה שקבל בירושה מהוריו, וברצונו לצרף ולאחד את אותו דונם שעליו בנוי הבית עם שאר החלקה, כפי שהיה קודם לבניית הבית.

זכותו של אחד הצדדים לרכישת הבית

התובע טען, מאחר שחלקת הקרקע עליה נבנה הבית היתה נחלתו, ירושה מאביו ואמו, מן הדין כעת, לאחר שהתגרשו ונפרדה החבילה, להחזיר את המצב לקדמותו. בנוסף טען להעדיף את זכותו לרכישת הבית מאשתו בהיותו בר מצרא.

מאידך, הנתבעת תובעת לאפשר לה לקנות את חלקו של בעלה לשעבר, ולהשאיר לגור בבית כפי שהיא מתגוררת בו כעת.

בהעדר הסכמה בין הצדדים, עלינו לברר כיצד לחלק את השותפות בנכס המשותף.

קיי"ל בשו"ע חו"מ סי' קעא - דנים דינא דגוד או איגוד. אך במקרה הנוכחי שבו שני הצדדים תובעים "איגוד", דהיינו לקנות את הנכס במלואו, ואינם מציעים לצד השני "גוד", בנסיבות אלו אין דינא דגוד או איגוד, וכמו שיבואר להלן.

הרמב"ם בהלכות שכנים פרק א' הלכה ב' פסק - "אמר כל אחד מהם איני מוכר, אלא כל אחד מהן רוצה שיקנה חלק חברו, או שאין אחד מהן רוצה לא לקנות חלק חברו ולא למכור חלקו אלא ישארו שותפין בגוף. היאך הן עושין, אם היה המקום עשוי לשכר, משכירין אותו וחולקין שכרו, ואם אינו עשוי לשכר אם חצר הוא, שוכנין בה שנה שנה שאי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראייה שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר אלא משנה לשנה".

וכתב המגיד משנה שמקור דברי הרמב"ם בדברי רבו הר"י מגאש. בשיטה מקובצת מסכת בבא בתרא דף יג: הביא את דברי הר"י מגאש. דבריו נסובים על דברי הגמ' (שם) - "אמר אמימר הלכתא אית דינא דגוד או אגוד... והא רבין בר חנינא ורב דימי בר חנינא שבק להו אבוה תרתי אמהתא, חדא ידעא אפיא ובשולי, וחדא ידעא פילכא ונוולא, ואתו לקמיה דרבא ואמר להו לית דינא דגוד או אגוד. שאני התם, דלמר מיבעי ליה תרווייהו ולמר מיבעי ליה תרווייהו, כי קאמר ליה שקול את חדא ואנא חדא לאו גוד או אגוד הוא". וכתב על זה הר"י מגאש - "ואמר להו רבא לית דינא דגוד או איגוד, אלא ישתמשו בהו תרווייהו בהדדי. אלמא כיון דלית בהו דין חלוקה, דהא כל מנייהו לתרווייהו בעי, ולא סגי ליה בחדא מנייהו בלא חברתה, קאמר דלית בהו דינא דגוד או איגוד. ושני הכא דלמר מבעי ליה האי והאי ולמר מבעי ליה האי והאי, דאשתכח דכל חד מנייהו אנא איגוד קאמר, וליכא בהו מאן דאמר גוד או איגוד, וכיון דכל חד מנייהו אנא איגוד קאמר, שבקי ליה כדאיתנהו ומשמי בהו

וז"ל שער משפט - "לכאורה יש לתמוה על האי דינא דש"ס דגרופה נדחית משום דטלטולי דגברא קשה מדאיתתא, וכי משום זה מפקינן זכות האשה ... ע"כ נראה דטעמא דהש"ס הוא כיון דהם אטוריים לדור ביחד, וע"כ צריך לידחות מפני חבירו, לכן בסברא מועטת דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא מייפינן כח האישי. וכד"ג מצינו בש"ס דסנהדרין ריש פרק אחד דיני ממונות דאיתא התם, צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתייהן שתייהן טובעות, בזה אחר זה שתייהן עוברות. וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן שניהן נופלין, בזה אחר זה שניהן עוליין. הא כיצד טעונה ושאינה טעונה תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתייהן קרובות, שתייהן רחוקות הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו. ורש"י פרש קרובה לעירה וגרס תידחה שאינה קרובה מפני קרובה כמ"ש הטור בסי' ער"ה, והטעם כמ"ש הסמ"ע בס"ק כד שם, דכיון שקרובה לעירה שרוצה לילך שם אינו מן הסברא שתיידחה הקרובה לעירה מפני שאינה קרובה, יע"ש. אלמא דכל היכא דע"כ אחד צריך לידחות ממקומו אזי בסברא וטעם מועט אחד נדחה מפני חבירו, ואין צריך להעלות שכר לחבירו. וא"כ ה"נ כיון שהגרופה אסורה לדור עמו בחצר, וע"כ אחד צריך לידחות מפני חבירו, לכן משום סברא מועטת דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא האשה נדחית מפניו, עכ"ל השער משפט, ועיי"ש שמצא סברא נוספת היכולה להכריע את הכף ולדחות את הבעל מפניה, במקרה שבעקבות הוצאתה מהחצר יתבטל שידוך שכבר עשתה עם אדם אחר הדר באותה חצר, (אך עיי"ש שמטעם אחר לא פסק כן למעשה).

ובנוסף כתב השער משפט שאם האשה תובעת גוד או איגוד, סברא זו עדיפה ולא מבטלים זכות זו מפני סברת טלטולא דגברא וכו'.

מתורתו של השער משפט למדנו שהלכה זו דטילטולי דגברא וכו' היא הכרעה המיוסדת על העיקרון המצוי בהלכה זו של שתי ספינות ושני גמלים, דהיינו - במקום שבו כח שניהם שוה, יש להכריע ביניהם על פי עדיפות מסויימת שנמצאה לאחד מהם, ואפילו היא סברא קלה וקלושה, בכוחה להכריע בין הכוחות השווים.

מפשט לשון הגמ' עולה שההוראה - "הטל פשרה ביניהן", מתייחסת לסיפא, דהיינו ההכרעה המוגדרת כפשרה היא - "מעלות שכר זו לזו", אבל ברישא שבו אחת נדחית מפני השניה, עקב עדיפות מסויימת, דחיה זו היא בהתאם ל"דין". והיינו פירושא של "צדק צדק תרדוף אחד לדין", הנאמר בפתחת המימרא בגמ'. ה"דין" הוא כשקיים שיקול להעדיף צד אחד, והפשרה כשלא נמצאה עדיפות כזו. אך קיים הכרח בהכרעה, בנסיבות אלו יש לכפות פשרה של "מעלות שכר זה לזה". וכן עולה מפשט לשון התוספתא ב"ק

דלמא דאגיר מיגר. מאי הוי עלה ת"ש הנה ה' מטלטלך טלטלה גבר. ואמר רב טלטולי דגברא קשין מדאיתתא.

ובתשובת מהר"ם חביב (לבעל הגט פשוט) סי' קעח כתב לברר את פשט מהלך הסוגיא, והקשה - "איכא למידק, דמתחילה בעי מי נדחה מפני מי, ובודאי דבשניהם שקולים מייירי דיש שני בתים לשניהם שם, לכל אחד בית אחד, ולהכי בעי מי נדחה מפני מי, ופשט מרישא דברייתא דתניא היא נדחית מפניו ואין הוא נדחה מפניה, והיינו ודאי דמוקי לה בחצר של שניהם שיד שניהם שוה בחצר ... וכיון שכן, מאי האי דבעי תו היתה חצר של שניהם מהו ... מאי איכא בין בעיא קמייתא לבעיא בתרייתא."

בתשובתו כתב - "יראה דהבעיא קמייתא מי נדחה מפני מי, היינו דהחצר אינה שלהם מאחוזת אבותיהם, אלא דיש להם שני בתים בשכירות, בית לכל אחד ... ופשט דהיא נדחית מפניו ... ועל כרחק בשניהם שקולים איירי כדאמרן. ואיבעיא להו תו היתה חצר של שניהם מהו ... בחצר של שניהם שהוא מאחוזת אבותיהם מי נדחה מפני מי, דהיא אינה רוצה לזוז מביתה, ואיכא למימר דהיא תשכון שם שנה והוא ישכון במקום אחר, ולשנה אחרת ישכון הוא שם והיא תלך לשכון במקום אחר, כדין חצר השותפין שאין בה דין חלוקה שנתבאר בחו"מ סי' קעא סעיף ח'. ופשטו להך בעיא דחצר של שניהם דהיא נדחה מפניו, מרישא דברייתא דקתני היא נדחית מפניו, דמשמע ליה דאיירי ברייתא בחצר של שניהם, משום דאי איירי בחצר שלו, פשיטא, עכ"ל.

מבואר מדברי הגט פשוט, שאמנם היתה ה"א בגמ' שאם החצר של שניהם, הפתרון יהא כפי המבואר בחו"מ סי' קעא ס"ח, דהיינו חלוקת שותפות לזמנים, שנה לכל אחד. אך מסקנת הגמ', שאין מקום לחלוקה כזו אלא יש למצוא דרך להכריע בין הכוחות השווים שיש לכל אחד מהם בנכס. דהיינו, לעומת ההכרעה בשותפים בעלמא שאינה מביאה את הצדדים לידי חלוקה סופית של הנכס המשותף, אלא קובעת הסדר לשימוש נפרד בין הצדדים או השכרת הנכס וחלוקת הפירות. הרי שביחס לבני זוג לאחר הגירושין, ההכרעה חייבת להיות בדרך שלא תשאיר אותם קשורים בשיתוף כלשהוא לאחר הגירושין.

ההכרעה היא מכח סברא - "טילטולי דגברא קשה מדאיתתא". סברא זו התבארה בתשובת מהר"ם חביב ז"ל כדלהלן - מכיון שהאשה עתידה להנשא לאחר גירושה, הבעל שישאנה יסדיר עבור מקום מגורים, לעומת הבעל, שלאחר שינשא מחדש לאשה אחרת יהא מוטל עליו להסדיר לאשתו מקום מגורים עמו. (ועייין בספר גט פשוט סי' קי"ט ס"ק נט שרמז לתשובתו זו).

ועיין בספר שער משפט סי' קעא סק"ד דפשיטא ליה שסברא זו דטלטולי דגברא קשה מדאיתתא, היא "סברא מועטה" ו"טעמא קלישתא". אעפ"כ מועיל טעם זה להכריע בין שני צדדים שכחם וזכותם בנכס שוה, כשלא נמצאה הכרעה אחרת.

אך גם כשאין אנו מתחשבים בסברא זו של טילטולי דגברא וכו', מאחר וכוחם של הגרוש והגרושה בזכויות הממוניות בנכס הוא כח שוה, הרי שבכל מקרה לגופו מוטל על בית הדין לבחון האם ניתן לפסוק להעדיף כוחו של אחד מהם, ולהכריע בהכרעה המיוסדת על סברות אחרות. יעויין שם בשער משפט שדן להכריע לטובת האשה כשקיים חשש לביטול השידוך אם תאלץ להידחות מפניו, והסתייע מהלכה באור"ח סי' תקנ"א בהלכות תשעה באב שם מבואר שעל פי סברא של "שמא יקדמנו אחר" מתירים אירוסין בתשעה באב, ועיי"ש במסקנתו. עכ"פ מבואר שאין מניעה שבית הדין יסתייע בסברות חיצוניות, בעת ההכרעה בין שני השותפים שכחם שוה בנכס.

נראה שבמקרה הנוכחי יש להעדיף את כוחו של הגרוש, מפני ארבעה טעמים.

א. בסמוך לנכס הנידון, קיימת חלקת קרקע חקלאית השייכת לו ושירש מאבותיו, ויקשה עליו בעתיד להכנס לעבד חלקה זו כל עוד גרושתו מתגוררת בתוך הנכס הנמצא בקצה אותה חלקה. לטענתו בשנים האחרונות לא נכנס להפעיל חלקה חקלאית זו עקב הסכסוך עם אשתו, אך באם יתאפשר לו לשוב ולגור בדירה יחזור להפעיל חלקה זו.

אמנם על פי הדין אין מקום לטענת הבעל לזכות מכח דינא דבר מצרא, דהיינו לחייב את האשה למכור לבעלה לשעבר את חלקה בנכס מפני שברשותו חלקת קרקע סמוכה. וזאת מפני שדינא דבר מצרא נאמר רק כשאחד מוכר את נכסיו, מרצונו, ואז מוטל עליו להעדיף את בר המצרא. אך לא מצינו על פי הדין לחייב אדם למכור את נכסיו בעל כרחו לבר מצרא. ונציין לתשובת מהר"א ששון שכתב סברא זו.

בספר תורת אמת למהר"א ששון סי' קכט הביא מדברי התוס' בב"ק דף כ' ד"ה הא איתהנית - וכתב בביאור דבריהם - "כונתם לומר, שכל שהאדם מוחזק בו והוא שלו, אפילו שיתנו לו במקומו דבר אחר שוה לו, אין בו משום מדת סדום, ואין בו משום זה נהנה וזה אינו חסר ולא משום ועשית הטוב והישר. וכי הישר הוא שיסתלקו האדם מנכסיו בע"כ, והתם לא אמרו שיכול אדם דעביד למיגר, לדור בחצר חברו שלא מדעתו אע"ג דלא קיימא לאגרא, דזה ודאי אינו ואין בזה מדת סדום, אלא אמרו היכא שכבר דר. והשתא ע"כ לא פליגי כל הני רבוותא, אלא היכא שהאחין באים לחלוק ולהטיל גורל או כשהם שוים יאמרו לו כיון שיש לך לחלוק ולקחת חלק א', תן לזה חלק זו הסמוך לשדה שלו. אבל כשהם שותפין ואינם חולקים, כו"ע מודו שאין שומעין לו. וכי יבא אדם ויאמר לאחר, תן לי שדך שהוא סמוך לי ואתן לך אחרת שוה כמוה, זה אינו. ודאי שלא תקנו דינא דבר מצרא רק בלוקח".

אך במקרה שעלינו לשקול שיקולים שיקבעו עדיפות מועטה וקלושה בין הצדדים השווים, הרי שסברת "בר מצרא", יכולה להכריע את הכף לטובת זכותו של הבעל (לשעבר) לרכוש את הנכס.

פרק ב' הלכה ח' המובאת להלכה באותו סגנון ברמב"ם הלכות רוצח פי"ג הי"א והי"ב, עיי"ש שאיזכור הפשרה מופיע רק לאחר שלא נמצאה עדיפות לאחד על פני השני. ומוכח שאם לאחר מהצדדים עדיפות, הרי שהכרעה מפני עדיפות זו, מוגדרת כהכרעה מכח "דין".

משמעות ההוראה - "הטל פשרה ביניהן", הנזכרת בגמ' וברמב"ם בהלכה יב, היא שבית הדין כופה את הפשרה, פשרה זו אינה דומה לפשרה המקובלת בדיני ממונות, שהיא מיוסדת על הסכמת הצדדים בקנין, מאחר וכאן זו פשרה שבית הדין כופה על הצדדים, למרות שהם לא קבלו את בית הדין לפשרה, וכן כתב הנצי"ב בשו"ת משיב דבר ח"ג סי' י', וכן בספר תורת חיים עמ"ס סנהדרין (שם) שהביא בספר מרגליות הים עמ"ס סנהדרין (שם).

(אמנם מדברי הנצי"ב היה נראה שגם דחיית אחד מפני חברו מטעם כלשהוא מוגדר כפשרה, מאחר שהדין הוא שילכו שניהם ויטבעו או מי שיגבר יעבור, אך כאמור, אין משמעות הגמ' התוספתא והרמב"ם כן).

הליך זה של כפיית פשרה על הצדדים הוא צעד חריג ונעשה רק במקום שלא נמצאה הדרך לכפות את הפתרון בדרך של עשיית "דין". עכ"פ סדר הדברים הוא שבטרם בית הדין נקט בדרך זו של כפיית הפשרה בעל כרחם, מוטל על בית הדין לבחון האם ניתן להכריע בין הצדדים בדרך של "דין".

"דין" זה נקבע גם על פי העדיפות הקלה שיש לאחד על פני חברו. כגון השיקול של הקירבה לעיר. ועל פי הסוגיא במסכת סנהדרין באר השער משפט שההכרעה "טילטולי דגברא קשה מדאיתתא", היא הכרעה המבססת "דין", הנובעת מהעדיפות הקלה של האיש על פני האשה.

לכאורה, יש מקום לומר שאותה סברא הקובעת שטילטולי דגברא קשה מדאיתתא, טעונה עיון מחודש במציאות החיים בימינו, ובכל מקרה לגופו.

אם ננקוט בביאור סברא זו כדרכו של הגט פשוט בתשובה, המובא לעיל, הרי שבימינו, תנאי החיים הם שאשה גרושה יכולה להסתדר היטב לאחר הגירושין בלא להנשא מחדש, ועל כן אינה ממהרת להנשא מחדש, ואינו דומה למציאות החיים בתקופות קודמות בהם הנשים לא היו מסוגלות לפרנס עצמן בכוחות עצמן והזדרזו להנשא מחדש. וכן היה לחץ חברתי חזק שאשה גרושה לא תשאר זמן רב בלא נישואין מחדש.

ובנוסף יש לבחון כל מקרה לגופו, ואינו דומה מקרה שבו האשה בעת הגירושין עדיין בגיל צעיר למקרה שהאשה בגיל יותר מבוגר. במקרה הנוכחי האשה בגיל חמישים ומטופלת בילדה בגיל 11 וחצי, ובדרך כלל במקרים כאלו אשה לא נשאת מחדש בסמוך לאחר גירושיה. על כן מאחר ולסברא זו של "טילטולי דגברא קשה מדאיתתא", היה בזמן הגמרא משקל יותר משמעותי מאשר כיום, יש לדון האם ניתן להסתמך על סברא זו ולהכריע לטובת הבעל מכוחה.

לבעלים הראשונים היא יותר ראוי בעשיית הישר והטוב ממה שיקח אותה בן המצר".

הש"ך בחו"מ סימן קעה סק"ל, לא ראה תשובה זו, וכתב מסברא - "צ"ע לדינא באחד שמכר קרקע שלו לבנו ובא בעל המצר לסלקו אי יכול לסלקו, דהבן יכול לומר דזהו יותר טוב וישר שאני מחזיק אחוזת אבותי, ולזה הדעת נוטה וצ"ע עכ"ל. ועיי"ש בבאר היטב וכן בפת"ש ס"ק יג שהביא מתשובת הרי"ף.

מבואר מתשובת הרי"ף ומדברי הש"ך שקיים משקל להשאיר אדם בנחלת אבותיו, והלוקח שקנה נחלת אבותיו עדיף מלוקח שקנה שדה אחרת, ואין דנים בו דינא דבר המצר. (אמנם סברא זו אינה אלא כשהאדם מוחזק בקרקע, אך לא מצאנו שעל פי סברא זו בלבד, יוציאו את הלוקח שכבר קנה נחלת אבותיו של חברו, וכפי הדין שנקבע בבר מצרא).

ומאחר ובנידון דידן איכא תרתי גם סברת בר מצרא וגם סברת נחלת אבותיו, הרי ששתי סברות אלו מכריעות את הכף בין הכוחות השווים שיש לכל אחד מהם בנכס.

כאמור, אילו כעת כל הנכס היה שייך לאשה, לא היה בכח סברות אלו להוציאה מנחלתה. משא"כ בנדון זה ששני הצדדים שותפים בנכס ולשניהם כח שווה בו, הרי שהסברות הנ"ל מכריעות.

ועיין בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק נט ממנו משמע שאם שני בני הזוג שותפים בבית או בחצר אך בעת רכישת הנכס, אחד מבני הזוג קנה את הנכס לפני השני, אותו בן זוג שקדם לשני, עדיף על פני חברו, והשני ידחה מפניו.

לכאורה לפי דעה זו, במקרה הנוכחי, מאחר שחלקת הקרקע היתה קודם של הבעל, והאשה נכנסה לשותפות בשלב יותר מאוחר, די בכך כדי להעדיפו.

אך בספר גט מקושר להג"ר יונה נבון ז"ל דחה דבריו, וכתב שכל שהם שותפים בעת הגירושין, אין נ"מ מי הקדים לקנות חלקו בנכס. מפני שהקדמה זו שארעה זמן מסויים קודם הגירושין אינה מקנה עדיפות כעת בעת הגירושין.

מעיון בדברי הגט פשוט עולה שלא עלה על דעת הגט פשוט לכתוב סברא זו שייחס לו בספר גט מקושר. הגט פשוט איירי במקרה שלאחר הגירושין אחד מהם עבר להתגורר במקום אחר והשני עבר אחר כך להתגורר באותה חצר. בנסיבות אלו, קבע הגט פשוט שלא תאמר הסברא "טילטולי דגברא" וכו', אלא הכל הולך אחר מעיקרא, ומי שנכנס לגור באותה חצר לאחר שכבר גר השני, הוא נדחה מפני חברו. אמנם מלשונו של בעל הגט פשוט לכאורה היה מקום להבין כפי שסבר הגט מקושר, אך הגט פשוט כתב בסיום דבריו - "ואני כתבתי תשובה בענין זה באריכות", ומעיון בתשובה זו הנמצאת בספר תשובות מהר"ם חביב סי' קעח (שהוזכרה לעיל) עולה כמו שפרשנו.

ג. יתירה מזאת, אותו נכס היה מלכתחילה חלק מאותה חלקה גדולה, שהיתה בבעלות בלעדית של הבעל שירש

ב. החלקה עליה נבנה הבית היתה נחלת אבותיו של הבעל (לשעבר) ואם נכפה אותו למכור את חלקו, הרי שאנו כופין אותו למכור מנחלת אבותיו לגרושתו. וידוע ומקובל שמכירה כזו היא גנאי גדול למוכר. יעויין ברמב"ן על התורה ספר בראשית פרק כג פסוק ח' שכתב בלשון זו - "וטעם ופגעו לי, כי היה עפרון עשיר ונכבד, כאשר אמר ביני וביניך מה היא, ולא יהיה לו לכבוד למכור נחלת אבותיו, כענין נבות הזרעאלי, על כן לא הלך אברהם אליו להרבות לו מחיר השדה, ובקש מאנשי העיר שיפגעו בעבורו דרך כבוד". הרי שקיים הגיון אנושי פשוט, שאדם אינו מוכר מנחלת אבותיו, גם אם ירבו לו מחיר עבור נחלה זו. ועיין בספר בן איש חי (שנה ב' פרשת פנחס אות יג) שכתב בלשון זו - "לא טוב לאדם למכור נחלת אבותיו וכמ"ש נבות לאחאב". ושם נאמר (מלכים א' פכ"א פ"ג) "ויאמר נבות אל אחאב חלילה לי מה' מתתי את נחלת אבותי לך".

על כן מאחר ועבור האשה אין גנאי במכירה זו, ואילו עבור הצד השני מכירה כזו היא דבר הראוי לגינוי, יש להעדיף לאפשר לו לרכוש את חלק האשה בנכס.

אמנם בעבר הבעל מכר חלק מהחלקה לאדם אחר, ולדבריו הדבר נעשה עקב מצוקה כלכלית קשה, אך אין בעובדה זו כדי לשנות את האמור, ועדיין המכירה הנוכחית, של חלקו לגרושתו, אם תיעשה, ושלא מתוך מצוקה כלכלית, תחשב לבעל כמעשה שאינו לכבודו.

ומלבד זאת, מצאנו ששיקול זה שיש להמנע ממכירת נחלת אבות הוא שיקול שמתחשבים בו בהלכה, והוא גובר על העדיפות שיש לבר מצרא בקניית הנחלה העומדת להמכר.

בשיטה מקובצת מסכת בבא מציעא דף קח: הביא מתשובת הרי"ף מועתק מלשון ערבי. וז"ל - "ושאלת יעקב היו לו שלשה בנים ראובן ושמעון ולוי, ויש לו בירה גדולה נתן ממנה בית אחד לשמעון בנו, ונתן שמעון הבית הנתון לו לשרה אשתו ונפטר שמעון והניח מאשתו בת. ונשארה הבית לבת מצד ירושת אביה ונשאת לחנוך והוציאה לו הבית בנדוניא, ונפטרה הבת והניחה הבית ירושה לבעלה חנוך, ויעקב הנזכר עודנו חי. ואחר כך נתן יעקב הנזכר שארית בירה זו לבני ראובן בנו ולבן לוי בנו במתנה ... וטוען חנוך הנזכר, לי משפט בן המצר בכל הבית ואתן לכם הדמים ואוציא אתכם ממנה ... טענה זו שטוען חנוך מדין בן המצר על בניו של נותן היא טענה בטלה וגרועה, ועל כיוצא בזה יאמר יציבא בארעא וגירא בשמי שמיא. וזה שהעיקר בדין בן המצר הוא משום שנאמר ועשית הישר והטוב, ואי זוהי הדרך הנכונה והישרה בעשיית הישר והטוב להשאיר הקרקע ביד בעליו הזוכים בו מצד אביהן או להוציאם ממנו ולתתו לזולתם, אין בקדקוד מי שעלה בדעתו דבר זה מוח להבחין בו בין טוב לרע, ואין בזה צד ועשית הישר והטוב. ולא אמרו לבעלים הראשונים לית ביה משום דינא דבר מצרא לפי שראו שחזרתה

וע"ע בספר תורת חיים (עמ"ס סנהדרין שם) שפרש את דברי הגמ' "מעלין שכר זה לזה", שלא כרמ"ה, אלא אחד מעלה שכר לשני, ואם אין הסכמה יכרעו על ידי גורל. לשיטתו, אף במקרה בו שניהם שוים לחלוטין, אין מקום לשיטת המכרו הפתוח, בו המרבה במחיר זוכה.

(ויעויין בפד"ר ח"ג מעמ' 66 והלאה, ואין ללמוד מדבריהם לנ"ד, מאחר שבאותו מקרה, בהסכם שבין בני הזוג נכתב שהצדדים מקבלים כל פשרה שיקבע בית הדין, על כן היה מקום להורות כי המרבה במחיר יזכה. מזה עוד שיתכן ושם לא נמצאה עדיפות לאחד מהצדדים).

במקרה שלא נמצאה עדיפות לאחד מהצדדים, וגם שניהם אינם מסכימים להעלות שכר, ובהתאם לפי הרמ"ה, יש לעשות ביניהם גורל, וכמ"ש בספר ערך שי חו"מ סי' קנד ס"ג ד"ה הג"ה, שכן הדין אף בשתי ספינות אם קבעו פשרה של "מעלין שכר זה לזה", ושניהם ממאנים לעלות שכר, יעשו גורל, אלא שענין הגורל לא הוזכר בגמ', מפני שזהו מצב שאינו שכיח שלא יעלה אחד שכר יותר מחבירו. אך בספר יביע אומר חלק ו' חו"מ סי' ד' אות ב' כתב שיש מקום לגורל רק בקביעת חלקו של שותף בשותפות בעת החלוקה, אך לא להעדיף אחד על פי גורל, וז"ל - "מצאתי בספר חרדי דעה על יו"ד (סי' קנז) שהביא דברי התפארת למשה, ודחה ראיותיו ... וסיים - ולפעד"נ שחז"ל לא סמכו בשום מקום על גורל, שהרי בסנהדרין (לב:): ב' ספינות שפגעו זו בזו (בנהר צר), ושתיהן טעונות וכו' הטל פשרה ביניהן ויעלו שכר זה לזה, ולא אמרו יטילו גורל. ובגיטין (ס:): גבי השקאת שדות, כל דאלים גבר, ולא סמכו על גורל. עכת"ד".

לעיל הבאנו מספר שער משפט, שאם אחד תובע גוד או איגוד שומעין לו, והיינו מפני שתקנת גוד או איגוד גוברת על העדיפות שיש לבעל מפני "טילטולי דגברא" וכו', או על עדיפות אחרת שיש לאחר הצדדים.

במקרה הנוכחי אין תקנת גוד או איגוד, וזאת מפני שתקנה זו נאמרה רק כשאחד מהשותפים תובע "גוד או איגוד", משא"כ במקרה שלפנינו שניהם תובעים "איגוד".

במקרה הנוכחי אילו אחד מהצדדים, היה תובע "גוד או איגוד", עדיין לא היה מקום לתקנה זו, מאחר שהתברר ששניהם אינם יכולים לשלם לאלתר את סכום הכסף הנדרש לקניית חלקו של השני. יעויין בשו"ע חו"מ סי' קעא סעיף טו שפסק - "יש אומרים דלא אמרינן גוד או איגוד, אלא בנתינת דמים מיד, אבל אם אמר גוד ואמתין לך המעות שלשים יום או איגוד ותמתין לי המעות שלשים יום, אין שומעין לו, שיכול לומר לו אני נוח לך ואתה קשה ממני".

ולכן גם אם האשה תשנה את עמדתה ותודיע לבית הדין שהיא תובעת גוד או איגוד, לא תחול כאן תקנה זו, מאחר ולכו"ע התובע גוד או איגוד צריך להציג אמצעי תשלום בעת תביעתו דוקא, ובזה כו"ע מודים, לא רק השו"ע הנוכח אלא גם הרמ"ה (שהובא בטור ובסמ"ע).

זו של "גוד או איגוד" היא תקנת חכמים, שתיקנו שלא מן הדין, להמנע מחלוקת דבר שאין בו כדי חלוקה או חלוקת ימים וכיוצ"ב, וכמ"ש בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתקנ"ו. ובתקנה זו קבעו חז"ל דרך מוגדרת לפירוק השיתוף, דרך שבה התובע מאפשר לנתבע לקנות במחיר שהוא מציע. ולנתבע זכות ראשונה לרכישת הנכס. התקנה קיימת דוקא במתכונת זו שבה נשמרה לנתבע הזכות להשאיר בנחלתו, או בקניינו אם ירכוש את כולו במחיר המוצע. אין בידינו להמציא תקנה חדשה שאינה נזכרת בגמ'. אין יסוד לדרך זו של מכרו פתוח בו המרבה המחיר זוכה, מכיון שבדרך זו הנתבע מורחק מרכושו יותר ממה שהורחק בתקנת גוד או איגוד. ומאחר שאין תקנה במתכונת כזו, וחזרנו להלכה שהורו הפוסקים כיצד לנהוג במקום שאין תקנת גוד או איגוד.

בספר שיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל עמ"ס ב"ב דף יג הביא מדברי הרמ"ה, וכתב - "צ"ב בסברא זו, מ"ט בעינן שיאמר את שניהם "גוד" או "אגוד", סוף סוף כיון דבלא"ה אין חבירו רוצה לקנות, מ"ט לא מהני מה שאומר אגוד לחוד בלא גוד. ונראה בזה דיסוד גוא"א הוא שתובע שאינו רוצה את השותפות, וא"כ זה דוקא כשאומר שניהם, גוד או איגוד, אבל אם אומר רק אגוד, הרי אין זה משום דרוצה ביטול השותפות, אלא דרוצה הוא את החפץ, ובכה"ג אין דין גוד או איגוד".

בגמ' במסכת סנהדרין הנזכרת לעיל נאמר - "היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו", ופרש הרמ"ה בספרו יד רמה - "הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו, כלומר הרוצה לעבור תחילה יעלה שכר לחבירו כפי מה שנתעכב על ידו, והמרבה בשכר הוא עובר תחילה", דהיינו אליבא דפירוש הרמ"ה - המרבה המחיר זוכה.

אך היינו, במקרה שאין ניתן לפסוק "דין" בין הצדדים, מפני שלאחר שנבחנו כל השיקולים הגענו למסקנה שכח שניהם שוה. על כן בהעדר יכולת הכרעה על ידי "דין", אנו נזקקין ל"פשרה". הפשרה היא בדרך של "מעלין שכר זה לזה". אך במקרה שעדיין ניתן לפסוק "דין", כגון במקרה של שתי ספינות שאחת קרובה לעירה והשניה רחוקה, אין נזקקין לפשרה כזו של "מעלין שכר זה לזו", אלא פוסקין "דין" הנקבע בהתאם לעדיפות שיש לאחת על פני השניה, אף אם היא עדיפות קטנה.

על כן גם בנידון חלוקת שותפות, שבו אחד מהשותפים דורש לרכוש את מלוא הנכס, ואין כל אפשרות להשאירם שותפים כגון בבעל ואשה לאחר גירושין, רק אם לא נמצאה לאחד מהם עדיפות על פני חבירו, יש לקבוע שיזכה המרבה במחיר. ועל כן במקרה הנוכחי שקיימת לבעל עדיפות ברורה כמבואר לעיל, אין מקום לנקוט צעד חריג של הכרעה בדרך של כפיית פשרה על הצדדים, בניגוד להסכמתם.

שלאחר שתקבל את הזכות לרכוש את מלוא הנכס, ולרושמו על שמה תפעל להסדרת משכנתא בכוחה תממן את התשלום המחוייב עבור חלקו של הצד השני, וכפי שנאמר בדיון האחרון. בנסיבות אלו לא יתקיימו התנאים להחלת תקנת גוד או איגוד. ועל כן חזרנו לדיון הקיים במקרה ששני הצדדים מעוניינים לרכוש את הנכס, ויזכה בנכס הצד המועדף, ובהתאם למבואר לעיל.

מסקנת הדברים

א. חלוקת שותפות הקבועה בשו"ע חו"מ סי' קעא ס"ח, דהיינו חלוקת השותפות לזמנים או השכרת הנכס לאחר, אינה מעשית כשהשותפים הם בעל ואשה לאחר הגירושי, מפני שיש למנוע ביניהם כל עיסוק משותף לאחר הגירושי.

ב. כשיש לכל אחד מהם בית באותה חצר, אך החצר משותפת, או שהבית והחצר משותפים, ואחד מהם תובע "גוד או איגוד", שומעין לו.

ג. במקרה ששניהם טוענים "איגוד", דהיינו שניהם מבקשים לרכוש מהשני את חלקו בנכס, אין דרך לפתור את הבעיה כפי שנפסק בשו"ע חו"מ קעא ס"ח ביחס לשני שותפים בעלמא, דהיינו חלוקת זמנים או השכרת הנכס, אלא אחד נדחה לגמרי מפני חבירו, ומאחר ששניהם שוים בזכותם על גופו של הנכס, יש לבחון למי מהצדדים עדיפות כלשהיא על פני חבירו.

ד. בגמ' נאמר שיש לבעל עדיפות מסויימת, מפני הסברא הקובעת "טילטולי דגברא קשה מדאיתתא". מהר"ם חביב בתשובה פרש הטעם בעדיפות זו, שקיימת הנחה שבמועד קרוב הצדדים יבקשו להנשא בשנית, ואז האשה תמצא את מקומה בבית בעלה החדש, ולא תידרש להסדיר עבורה מקום מגורים אחר, ואילו הבעל ידרש להסדיר מקום מגורים עבור אשתו השנייה.

ה. בספר שער משפט קבע שבמקרה שלשני הצדדים כח שוה, העדפת האחד על פני השני היא הכרעת הכף, אף בהתאם לסברא מועטת וקלושה המחזקת טענת אחד הצדדים. בארנו שהכרעה כזו מוגדרת כהכרעה של "דין", ועדיפה על "פשרה". רק במקרה שלא נמצאה עדיפות לצד אחד, יש להכריע בפשרה, אף שזו פשרה שבית הדין כופה על שני הצדדים, בלא שהסכימו מראש לקבל את בית הדין לפשרה.

הפשרה היא מכרו פתוח בו המרבה במחיר זוכה. אך כאמור, במקרה שקיימת לאחר מהצדדים עדיפות, אין מקום להוציא את הנכס למכרו פתוח שבו המרבה במחיר זוכה.

ו. נראה שבמציאות החיים בזמנינו לא ברור שקיימת סברא של "טילטולי דגברא קשה מדאיתתא", ולא ניתן להכריע על פי סברא זו בלבד. אך במקרה שבפנינו, יש לבעל (לשעבר) עדיפות, ומהטעמים המפורטים לעיל, ויש להורות שהוא זכאי לרכוש את חלקה של גרושתו בנכס המשותף.

ואין לומר דשאני הכא שאין אפשרות להחזירם לשיתוף בנכס ועל כן יש לקבוע כללים יותר נוחים לקיום הלכה זו של "גוד או איגוד", מאחר שבהלכה זו אין לכך מקום. ונצטט מפסק דין מבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגר"ע הדא"ייה ז"ל והגר"מ בן מנחם ז"ל והגר"י עדס ז"ל (פד"ר ח"ג עמ' 73) שכתבו בנידון הדומה לנדון דנן. במקרה שלפנינו האשה טענה שאם תקבל את הזכות לרכוש את הבית ולרושם אותו על שמה, תעשה מאמץ להסדיר משכנתא ולשלם את הסכום הנדרש לצד השני. ובאותו פסק דין טענה כזו נשמעה מצד הבעל, ולא התקבלה.

ח"ל בפסק הדין הנ"ל - "מה שטען לפנינו ב"כ המשיב התובע סדור חלוקה בדרך גוד או איגוד לפי העילוי בדמים שהעלה, שהסכום של ארבעת אלפים ל"י תקבל המערערת לאחר שהבית שבעיר ר' יעבר על שמו של המשיב בטאבו כדי שיוכל לקבל משכנתא ותהיה לו האפשרות לתת לה הסכום הנ"ל, אף לא קבע כלל זמן לנתינת הכסף ... זהו נגד יסוד הדין של גוד או איגוד. ועיין בשו"ע חו"מ סי' קע"א סעיף ט"ו שכותב י"א דלא אמרינן גוד או איגוד אלא בנתינת דמים מיד ... ויוצא לפי"ז מבואר שהתובע גוד או איגוד, לא יכול לטעון איגוד אלא בנתינת דמים מיד. ואם דבשו"ע מובא זה כ"א, לא נזכר בדבריו מדעה אחרת בזה. ועיין בסמ"ע סי' ט"ו סק"ח שכותב דיש שהמחבר לא כוון לכתב יש מי שאומר משום דיש פלוגתא בזה אלא כל מקום שמצא דין שאינו נזכר ג"כ בשאר פוסקים כתב עליו ויש מי שאמר וכן מוכח בדברי המחבר בכמה מקומות. אמנם כאן לא צריכים לכך, שמה שכתב י"א כו' הועתק מדברי הטור שם סעיף ל' ובטור מובא זה בלשון י"א לעומת דברי הרמ"ה שמביא אח"כ דחילק בזה בין התובע האומר גוד או איגוד להתובע על כך ... ואין לקבוע ולומר דדין זה שהתובע לא יכול לומר איגוד אלא בנתינת דמים מיד הוא רק באופן דלהנתבע לגוד או איגוד לא איכפת להשאר בשותפות, ואפשר שישארו שותפין יחד, ומשום כך יש לדרוש מהתובע נתינת דמים מיד, ואף להי"א היא הדעה המובאת בשו"ע, דלא מחלק לענין זה בין תובע לנתבע, ובלי הסכמת הצד השני א"א גם להתובע לומר איגוד בלי נתינת דמים מיד, היינו ג"כ, משום דאפשר שישארו שותפין ... אבל בנ"ד שא"א שישארו שניהם בדירה שבעיר ר' לאחר שישודר הגט ביניהם, וההסדר היחידי הוא שתהא חלוקה ביניהם לפי הכלל של גוד או איגוד וכנ"ל יכול אף התובע לומר איגוד גם בלי נתינת דמים מיד. כי בר מן דין שאין זה מוכרח ואין לקבוע כן מסברא בעלמא, נראה יותר לפי ההלכה דאין כלל הזכות של למי שירבה במחיר באם ההצעה לריבוי המחיר הוא בתנאי של אי נתינת דמים מיד, ואם מטעם שאי אפשר שישארו שותפין ומן ההכרח שתהא הכרעה, הרי כבר כתב ביה"ד בפס"ד ובסעיף ד' במקרה של הצעה דומה משני הצדדים יכריע ביה"ד", עכ"ל באותו פס"ד.

העולה מדברינו - מאחר שבנידון דידן, לא נשמעה טענת "גוד או איגוד", אלא רק "איגוד", ואף אם האשה תהפוך מנתבעת לתובעת ותתבע גוד או איגוד, הרי שכוונתה היא

ועיי"ש בקצות החשן בשם תשובת מהרשד"ם דה"ה בשכירות הבית ששכרו הבעל ואשתו יש לו דין איש ואשה שלוו.

ולפי"ז נראה שאין חילוק בין הלואה לצורך שכירות הבית או הלואה לצורך קניית הבית, ובהלואה זו דינם כאיש ואשתו שלוו, ואם אחד מהם פרע חוזר וגובה מהשני.

על כן יש מקום לקבוע קביעה עקרונית - שכל סכום כסף שהאשה שילמה מכספה לפרוע את חלקו של הבעל בחוב המשכנתא, עליו להחזירו לה, וכן להיפרך.

אך עיין במש"כ בפד"ר כרך טז עמ' 250 בפס"ד של בית הדין נתניה בדברי הג"ר מרדכי פרבשטיין שליט"א שפסק ככל הנ"ל רק ביחס לתקופה בה הצדדים גרו בפירוור. ונראה הטעם מפני שכל עוד בני הזוג גרים יחד ומנהלים את ההוצאות וההכנסות בחשבון בנק משותף, או עכ"פ הכל נעשה במשותף ללא כל התחשבנות אחד עם השני. בנסיבות אלו לא ניתן להגדיר את פורע החוב כמי שפרע עבור חבירו אלא הכל נעשה בשותפות, גם אם בפועל אחד מבני הזוג שלם את פירעון החוב מכספו. על כן המועד הקובע לתחילת תקופת חיובו של הבעל בהחזר המשכנתא ששולמה על ידי האשה הוא - החל מהיום שהצדדים נפרדו בנייהול ענייניהם הכספיים והחלו לנהל בנפרד את ההוצאות וההכנסות. עד לאותו מועד גם אם ההסדר הפנימי שקבעו ביניהם היה שהאשה תשלם את המשכנתא, עכ"פ כל הוצאה נחשבת כהוצאה שיצאה מהקופה המשותפת. ומלבד זאת, אם הכסף הועבר ממשכורתה לפירעון חוב המשכנתא, הרי שמעשי ידיה לבעלה, ואף דנקטינן שבהעדפת מעשי ידיה שעל ידי הדחק, אין מוציאים ממנה, עיין ח"מ סי' פ' סק"ב, אך גם אין מחייבים אותו ורשאי לטעון שהן בכלל מעשי ידיה.

חובת הבעל בתשלום חוב המשכנתא ששולם על ידי אשתו
ביחס לפרעון חוב המשכנתא - החוב מלכתחילה היה חוב משותף של שניהם והיה מוטל על שניהם לפרוע חוב זה.

בשו"ע סי' עז ס"א נפסק - "שנים שלוו כאחד ... שניהם ערבים זה לזה אע"פ שלא פרשו ... ואם פרע אחד מהם כל החוב חוזר וגובה מחבירו חלקו". ועיין בש"ך סק"ה שהקשה על פסק זה של השו"ע, ובתוך דבריו כתב - "לדין דקי"ל דאינן רק ערבין זה לזה ולא קבלנים א"כ לא היה יכול המלוה לגבות כל חובו מהאחד ולא היה מוכרח לשלם הכל, הוי כמו פורע חובו של חבירו לקמן סי' קכח דהפסיד מעותיו".

אך בנ"ד שתנאי הלואה המשכנתא, ודאי מאפשרים לבנק למשכנתאות לגבות את החוב במלואו מכל אחד מהם לחוד, ונידון כערב קבלן, לכן בכה"ג גם הש"ך מודה לפסק השו"ע.

ובתומים (סי' עז סק"ד) ובנתיבות המשפט סק"ג דחו את דברי הש"ך אפילו ביחס לשותפים שלוו בסתמא, וכן הסכים בביאור הגר"א לפסק השו"ע, וכן פסק פסק ערוה"ש (ס"א).

על כן בשותפים שלוו ופרע אחד מהם אין אומרים דהוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו דהניח מעותיו על קרן הצבי. והטעם מבואר בתומים, וז"ל - "דדרך שותפים לפרוע בשביל חבריהם וחוזרים ונפרעים מהם ... כיון דדרך כך, מתחילה כשקבלו הלואה ביחד אדעתא דדרך שותפין קבלו, והו"ל כאומר לו ערבני ושלם דחייב לשלם לכו"ע".

ואין לומר דשותפות של בעל ואשתו שאני, ומסתמא אם אחד מהם פרע את החוב כוונתו לפרוע על דעת מתנה ושלא לחזור ולתבוע לשני. דבשו"ע סי' עז סעיף י' מבואר להדיא להיפרך. וז"ל השו"ע שם - "איש ואשתו שלוו מאחר היא חייבת לפרוע החצי מכתובתה ואם הבעל או יורשיו פרעו כל החוב חוזרים ונפרעים ממנה החצי".

סימן לג

תשלום דמי שימוש בנכס לשותף שנמנע ממנו השימוש

הנושא הנידון

אך בזוג נשוי, מלבד היותם שותפים בדירה הרשומה על שם שניהם, ומפני כך יש לדונם בהתאם להלכות שותפים. בנוסף, יש להתחשב בזכויות הנובעות מהנישואין, כגון זכותה של האשה למדור (כחלק מזכותה למזונות עבורה), ובזכותו של הבעל לפירות נכסי מלוג.

שיטת הרשב"א

בשולחן ערוך חושן משפט בהלכות שותפים, סי' קעא סעיף ח', פסק - "אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש בו כאחד, חולקין אותו בימים". וכתב הרמ"א - "לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר, אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא

במקרה שבפנינו בני הזוג נפרדו, הבעל עזב את דירת המגורים המשותפת והאשה נשארה לגור בדירה. לאחר פרק זמן מסויים, הצדדים התגרשו והאשה נשארה לגור בדירה לפרק זמן נוסף. הגט סודר בלא שנחתם בין הצדדים הסכם גירושין שיסדיר את חלוקת הרכוש ותשלום שכר הדירה לבעל בגין מגורי האשה בדירה.

כעת עלינו לפסוק בתביעת הבעל לחייב את אשתו, שאח"כ נעשתה גרושתו, בתשלום שכר דירה עבור חלקו בדירה המשותפת.

נושא זה יוכל להיות נידון בין שני שותפים שאינם בני זוג, כשאחד מהם לבדו גר בנכס המשותף, והשני תובע אותו בדמי שימוש בנכס, מפני שהוא לבדו עשה שימוש בנכס.

למימר דעד כאן לא אמרה הרשב"א אלא דוקא בשותפים שקנו דבר שאין בו דין חלוקה ... כבר בירר דבריו הרשב"א, דאפילו בדבר דיש בו דין חלוקה פטור, מטעמא דיהיב דבשלי אני דר, ולא מחוייב לתת לחבירו חלקו מדמי השכירות, ולא אמרינן מאן פלג לך וכטעמו של הרב מהר"י ן' מיגאש, אלא משמע דפליג עליה.

בתשובת משנת ר' אליעזר הנזכרת הביא גם מתשובות התשב"ץ ובנו הרשב"ש שנקטו בפשיטות שלא כסברת הרשב"א.

התשב"ץ בחלק ג' סי' רח נשאל בשני שותפים שאחד מהם גר בחצר המשותפת והשני הלך למקום אחר, וכשחזר תבע את השותף שדר בחצר מחצית שכר דירה או שידור בחצר כימים אשר דר בו חבירו. וחבירו השיב שלא מנע מהתובע לגור בחצר כמוהו. התשב"ץ השיב שאין לחייב מפני שחצר זו לא היתה עומדת להשכרה, ודינו כדין "זה נהנה וזה לא חסר" הפטור מלשלם.

וכתב על דבריו בתשובת משנת ר' אליעזר שמפשטות לשון התשב"ץ עולה שאילו חצר זו היתה קיימת לאגרא הנתבע היה חייב לשלם שכרו ולא היה נפטר בטענה "בשלי גרתי".

וכן הרשב"ש סי' סז הלך בשיטת אביו התשב"ץ, וכתב – "אפילו היתה חצר עשויה להשכיר ודר האחד בכולה כך היה דינו לדור כנגדו, וכ"כ הר"מ ז"ל בפ"א מהלכות שכנים בחצר השותפים שהאחד אומר לחבירו נדור שנה. ומשמע דזהו לכתחילה, אבל אם כבר דר בה ה' שנים ידור האחר כן".

ובספר זרע יעקב סי' יז (יובא להלן באריכות) וכן בספר ערך שי סי' קעא ס"ח, הביאו מתשובת הרשב"ש סי' קלט שנקט בפשיטות דלא כרשב"א, ולכן הורה בשני אחים שירשו שני בתים, אחד קטן ואחד גדול, שאם האחד דר בגדול, והשני בקטן, רשאי השני לקבל את הגדול לפרק הזמן שדר בו אחיו.

אמנם ביחס לשיטת התשב"ץ עיין במהרש"ם ח"א סי' ח' שדחק בלשונו של התשב"ץ לפרשו בדרך שאינה חולקת על תשובת הרשב"א, וכתב – "ומ"ש מתשובת תשב"ץ ח"ג סי' ר"ח, דמוכח דאי היה עומד להשכיר חייב לשלם, לא קשה מידי. שכבר העלו האחרונים, דבעומד להשכיר והשכיר השותף הבית, צריך ליתן לחבירו חלקו ... א"כ לזה כתב התשב"ץ שלא היה עומד להשכיר, ר"ל לאפוקי אם היה עומד להשכיר והשכירו זה לאחר".

דעת הסוברים שיש לחייב לדעת הרשב"א כשנמנע השימוש מאחד השותפים

הרשב"א סיים את דבריו וכתב "דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו". מפשטות לשון הרשב"א נראה, שכל עוד השותף השני היה יכול להשתמש יחד עם הראשון בחלקו, לא היה מקום

חלקו, כל אחד בשלו הוא משתמש".

לכאורה, בנידון שבפנינו היה מקום לומר, שהאשה יכולה לומר שהשתמשה בחלק שלה בדירה, ואינה מחוייבת בתשלום שכר דירה לבעלה השותף עמה בדירה. אך עלינו לברר מה מקורה הלכה זו ואת טעמה.

מקור דינו של הרמ"א הוא תשובות הרשב"א ח"ב סי' קמא. וז"ל הרשב"א – "ואם אירע שישב בו האחד, שתיים ושלוש שנים. נראין לי דברים ברורים, שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים, אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו".

תשובה זו הובאה בב"י בקצרה.

יצויין שהרשב"א אינו מחלק בין חצר שיש בה כדי חלוקה לחצר שאין בה כדי חלוקה. למרות שהסברא בגמ' (נדריים דף מו.) בדעת ראב"י שיכול לומר לו "לתוך שלי אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך" נאמרה רק בחצר שאין בה כדי חלוקה (כמבואר שם בדף מו.). עכ"פ לדעת הרשב"א כל עוד השותפות קיימת, אין שותף אחד מחוייב בתשלום עבור מגוריו בנכס המשותף.

עלינו לברר שני נושאים.

א. האם דינו של הרשב"א מוסכם על שאר הראשונים.
ב. באילו נסיבות פוטר הרשב"א את השותף שעשה שימוש בלעדי בנכס. האם הרשב"א יפטור מתשלום גם כשעקב מגורי שותף אחד, חבירו מנוע מלגור במקום.

דעת שאר הראשונים

בספר משנת ר' אליעזר (להג"ר אליעזר טולידו ז"ל) חלק חו"מ סי' נט כתב שהר"י מגאש בתשובה סי' קצו חולק על דינו של הרשב"א.

באותה תשובה השיב הר"י מגאש אודות בת יורשת, שדרה לבדה במדור שהותיר האב, וכתב – "הכלל העולה שאין לקטנה מזונות ולא מדור, ומחשבין עמה על שכירות המדור ששכנה בו מקרקעות אביה, ואינה יכולה לומר בחלקי דרתי, לפי שאומרים לה מאן פלג לך. והלכתא ברירא לך, הואיל והדבר מעורב, אין שום אחד יכול לומר בחלקי דרתי ובו נתהנית".

וכתב על דבריו בתשובת משנת ר' אליעזר – "הרי בהדיא דטענה הלזו דבשלי אני דר, לא מכרעא לפום דינא, כל עוד שלא היתה חלוקה ביניהם, אלא הנה הינם משותפים הבתים והקרקעות ביניהם וכל פסיעה ופסיעה שמשתמש האחד יש לו לחבירו חלק בזה, ובדין תובע שכר חלקו מחבירו. איברא דאי דינו של הרשב"א הוה מתאמרא דוקא בדבר שאין בו דין חלוקה, היה אפשר לומר שאין כאן מחלוקת בין הרשב"א עם מהר"י ן' מיגאש, מטעמא דאיכא

שם לעיתות שהמקום פנוי, מבלי שימנע לזה להשתמש כל צרכו שהרי שניהם יכולים להשתמש בכל יום כמו שאמרנו. וא"כ למה יתן לו שכר דמאי הנאה הו"ל לזה כדי שיתן לו שכר או למה יסתלק זה ב' שנים דלמה יפסיד מלהשתמש בו אלו השתי שנים, שהרי אלו בא השני להשתמש בשנים שעברו לא היה מגרע לראשון כלום מלהשתמש, ואם כן מאיזה טעם יבא עליו השני לתבוע ממנו שכר או זמן אחר כנגדו. אבל בנידון דידן שאי אפשר להשתמש שניהם, שאלו היה ראובן קיים ובא להשתמש שם היה צריך שמעון להסתלק שנה כנגד שנה כמ"ש הרמב"ם ז"ל והיה צריך לקנות או לשכור לו במעות במקום אחר, ועתה שנשתמש בו כל אלו השנים הריח כל מה שהיה צריך ליתן במקום אחר, צריך לעלות שכר."

בסיום דבריו דייק הרב בית דוד כסברא זו מסיום לשון הרשב"א שסיים - "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו", משמע שאין שימוש האחד מונע את שימוש השני. ובאר הבית דוד - "כל עיקר שזה פטור מלעלות לו שכר הוא משום שהיה יכול גם שכנגדו להשתמש בו בזמן שנשתמש הוא. הא אם לא היה יכול להשתמש שם, חייב להעלות שכר."

וכן בספר זרע יעקב (להג"ר יעקב חיים נאים, מחכמי צפון אפריקה מלפני מאתיים ושלושים שנה), סי' יז הסכים עם דברי הבית דוד, וכתב - "בשמים עדי, שכל ימי הייתי מצטער על הגה"ה זו שהגיה מור"ם בסתם, דמשמע כל שלא חלקו, אפילו חצר בכללותה, בין אין בה דין חלוקה בין יש בה דין חלוקה ונשתמש בכלה, וכה מן ההפקר מפני שיכול לומר בשלי נשתמתי. ובשלמא אם היה מרחץ ובית הבה, מצי אמר כן משום שבאותה שעה שנכנס למרחץ יכול שותפו ליכנס עמו, ובבית הבה נמי, כשאחד גומר מלאכתו יכול השני לעשות גם הוא מלאכתו ... אבל בבית ובחצר שהוא דירה תמידית ואי אפשר לדור בבת אחת, שהרי אנו רואים שאחד מהם מלא כל החצר והבית, איך יזכה מן ההפקר בדבר שאינו הפקר. ובשלמא בתשובת הרשב"א דמיירי במקום ישיבה אחת בבית הכנסת, מצינן לומר נמי דמיירי במקום שיוכל לישב במקום אחר בבית הכנסת בלי שכירות, וא"כ מצי לומר כיון שהיה פנוי ישבתי בו ואם אתה היית בא לישב אני מוצא מקום זולתו לישב בו, והו"ל כזה נהנה וזה אינו חסר. אבל מור"ם שהגיה בסתם ולא פירש, הוא נגד השכל ... אח"כ מצאתי לתשובת הרשב"א הלא היא כתובה בתולדות אדם סי' קמ"א והאריך בדבר והביא ראיה מדין שותפין היה אחד מן השוק מודר הנאה מאחד מהם וכו', ע"ש ובסוף התשובה כתב כמו שהביא מן בבי, אלא שסיים דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו ע"ש. נראה פשוט כמו שכתבנו בדבר שיכולין שניהם להשתמש או בבת אחת או לשעות או לימים. ועם כל זה פשטן של דברים בתשובת הרשב"א מוכיחין דלא שנא בית ולא שנא מרחץ, דהא מקום ישיבה

לטענה שמבקש להשתמש בשותפות לבדו כדרך שחבירו השתמש, וכן אין מקום לתביעה שישלם לו שכר דירה. מאחר שהשותף שהשתמש בנכס המשותף, נחשב כמשתמש בנכס שלו, ואלו רצה חבירו, היה יכול לבוא ולהשתמש, בחלקו. אבל בתקופת הזמן שהשני אינו יכול יותר לדור עם הראשון, יש מקום לתביעה שמבקש להשתמש זמן דומה כנגדו ולחילופין יוכל לתבוע תשלום שכר דירה.

ולפי זה, אם השותף שדר בנכס המשותף מנע את חבירו ממגורים עמו, יחוייב בתשלום או לתת לחבירו לגור תקופה דומה.

וכן כתב בשו"ת בית שלמה חלק חו"מ סי' מח, וז"ל - "אמנם כיון ... שפעם אחת לפני כמה שנים שרצה שמעון ג"כ להיכנס לבית ולא הניחו ראובן, נראה דלפי"ז הדין עם שמעון ... מבואר ... מסיום דברי הרשב"א שהטעם הוא משום דבלא"ה היה הבית פנוי, ואילו היה רוצה חבירו היה משתמש בו ולא מיחה בו חבירו. אבל בני"ד דפעם אחת רצה שמעון להכנס ולא הניחו ראובן, בכד"ג ודאי דצריך ראובן לשלם שכירות לשמעון עבור חלקו, וכמבואר מדברי הרשב"א עצמו, כנ"ל. וגם זה דבר ברור ופשוט, דכיון שראובן לא הניח לשמעון להכנס בו, לאו כל כמיני' להשתמש בחלקו של שמעון בעל כרחו ... עכ"פ בני"ד שלא הניח ראובן ליכנס את שמעון בבית, והשתמש בו הוא לבדו בע"כ של שמעון בכל הבית, נלע"ד שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי שכירות בעד השנים שאח"כ, שדר בחלק שמעון."

וכן מהרש"ם בתשובה חלק א' סימן ח' כתב - "בדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב. ויהודה סירב מלציית ד"ת, ותובע שישלם שכר דירה מה ששזה חלקו יותר מחלק ראובן. יפה כתב ר"מ שמחויב יהודה לשלם. דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו היה משתמש ג"כ, וזה לא שייך בני"ד, וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה חו"מ סימן מ"ח."

הבית שלמה השיב במקרה ששותף אחד מסרב לאפשר לחבירו להשתמש בחלקו. ויש לדון מה הדין כשהמקום אינו מתאים למגורי שניהם יחד, ומפני מגורי האחד, השני מנוע ממגורים במקום זה יחד עמו.

יש אומרים שהרשב"א לא איירי בכד"ג שהשותפות היא בדירת מגורים, שמעצם טיבעה אינה מאפשרת מגורים לשני בני אדם.

כן כתב בתשובת בית דוד חו"מ סי' נה וז"ל - "לא אמר הרשב"א ז"ל שאינו חייב להעלות שכר, אלא בדבר שיכולין שניהם להשתמש כאחד, כגון חלל חצר המשותף, בין שיש בה דין חלוקה בין שאין בה, שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, וכשמסתלק זה משתמש בו השני. וכן מקום ישיבה בבית הכנסת, זה יושב לשעה וכשמסתלק יושב בו השני, קדם זה וישב בו היום, יקדים השני למחר וישב בו. בכי הא קאמר הרשב"א שאינו חייב, משום דאיכא טעמא רבה דבשלו הוא משתמש, שהרי היה יכול השני לבוא להשתמש

קל"ט שכתב בפשיטות שהשותף מעלה שכר ומחשב עמו על כל הימים שדר או שידור גם הוא כנגדם. ולפי דברינו לא מתקמא מלתייהו בפלוגתא, דנידון הרשב"א מיירי כגון חללה של חצר, ומילתיה דהרשב"ש בבית המיוחד לדירה."

ונציין שעל הכרעת הזרע יעקב כרשב"ש כפי שהבאנו לעיל, תמה בספר פני הבית (להג"ר אברהם ענתיבי ז"ל) חו"מ סי' קעא, שכתב – "ולא דק בזה כלל, דהא דקי"ל דהלכתא כבתראי היינו היכא שהביא דבריו של הראשון ודחה אותו ולא נראו לו דבריו. אבל היכא שלא הביא דבריו ופסק היפך ממנו, בזה אנו אומרים אדרבה יתכן אלו ראה דבריו היה חוזר ומבטל דעתו מלפניו, ואיך לא יאמר הנתבע קים לי כהרשב"א. שהרי ידוע מ"ש מרן ז"ל בכ"מ שדעת הרשב"א שקולה כרוב הפוסקים ואפילו באלף לא בטיל, ואיך יוציא ממון נגד דעתו של הרשב"א. ולדידי אפילו אם היה רואה הרשב"ש דברי הרשב"א ופליג עליה יוכל המוחזק לומר קים לי כהרשב"א ז"ל. גם מש"כ דמרן לא ס"ל ההיא דהרשב"א מדהשמיטה בש"ע, ליתא, דאדרבה מכיון שלא הביא שום חולק עליו ש"מ דהכי ס"ל, וממה שלא הביאה בש"ע אינה ראייה, דכמה חידושי דינין הם הלכתא נינהו והשמיטה וסמך על חיבור הבי"ש שלו, ולא הביא בש"ע כי אם דברים המפורשים בגמ' ובהרמב"ם והטור על הרוב כידוע."

דעת הסוברים שאין לחייב גם אם השותף מנוע מלהשתמש בנכס המשותף

יש שבארו שלשית הרשב"א גם אם מגורי האחד מונעים את השני ממגורים בנכס המשותף, אמנם השני יכול לדרוש חלוקת שותפות מכאן ולהבא, אך אינו זכאי לקבל תשלום שכר דירה עבור תקופה שעברה או לקבל זכות מגורים לפרק זמן דומה כפי שגר חבירו השותף.

בתשובת דבר משה (להג"ר משה אמריליו ז"ל) ח"ב סי' מ' פסק שאם שותף אחד דר בחנות כמה שנים בעת שהשותף השני במדינת הים, אין השני יכול לתבוע לדור בחנות כנגד אותו זמן או לקבל שכר דירה, למרות שבזמן שהאחד משתמש בחנות, השותף השני מנוע מלהשתמש עמו, (בספר דברי גאוני כלל ק' סעיף ה' הביא מתשובה זו). בטרם נביא מתשובת דבר משה הנזכרת, נקדים שמעיון בתשובת הרשב"א במלואה, עולה שביאור זה מוכח מתוך עיון בכל התשובה.

הרשב"א כתב בלשון השאלה, כדלהלן – "שאלת, שנים שלקחו מקום ישיבה של בית הכנסת. כל זמן שאינן רוצין בדין גוד או איגוד, היאך עושים. ישתמש בו כל אחד לפי שיזדמן, או יש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים ... ואם אירע הדבר שהאחד ישב שם חמש שנים, יכול לומר לו חברו אשב אני שם כמו שישבת אתה, או יעלה לו שכר כנגד הימים שהיה ראוי בו. או דימא מצי אמר לו איך, כל שלא חלקנו, לא היה לי לימנע מלישב שם כל זמן שהוא פנוי. ע"כ תורף דבריך."

אחת בבית הכנסת בלא"ה מוכרח כשזה יושב זה עומד בחוץ, ולא באר הרב בדבריו שיוכל לישב במקום אחר בלי שכירות, דהא מדין נדרים אתי עלה והתם מיירי בחצר. והן אמת שמה שכתב הרשב"א ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה יכול לומר בשלי נשתמתי, הוא תימא בעיני, דא"כ אמאי במודר הנאה פסקינן דוקא בחצר שאין בה דין חלוקה אבל יש בה דין חלוקה לא מצי למימר בשלי הוא נכנס, ואם איתא אפילו יש בה דין חלוקה מצי למימר כל זמן שלא חלקו, בשל חבירך אני נכנס. ואפשר דטעמא דאין בה דין חלוקה, כיון דאי אפשר על כרחך אמרינן כל אחד מקנה חלקו לחבירו, אבל היכא דאפשר לחלוקה מי הכריחנו לזה, ואין דנין אפשר משאי אפשר. אבל היכא דכבר דר יכול לומר בשלי הוא משתמש, וכן נראה להדיא בתשובה זו."

בתשובת זרע יעקב הביא מתשובת הבית דוד הנזכרת לעיל, והסכים לביאור הבית דוד בתשובת הרשב"א. והוסיף, שאף את"ל שהרשב"א לא כיוון לחילוק זה, אלא אף בבית שאינו ראוי לשנים שידורו בהם יחד, אינו צריך להעלות שכר, הרי מצינו לתשובת הרשב"ש סי' קלט שחלק בזה על הרשב"א וסובר שלא יוכל לטעון שדר בשלו וכאמור לעיל, וכתב הזרע יעקב "הרי מצינו להרשב"ש הפך זה, ובתראה הוא לגביה רשב"א ונקטינן כוותיה, וחזינן למרן בקצר שהשמיטה ולא פסקה אלמא דלא ס"ל."

על פי האמור, פסק בתשובת זרע יעקב שאם שני שותפים לא יכלו להשתמש יחד, על השותף שהשתמש, לשלם לשני שכר דירה.

בספר תוספת ירושלים ובתשובת מהרש"ם ח"א סי' ח' הביאו מדברי הזרע יעקב.

בספר תוספת ירושלים על חו"מ סי' קעא ס"ח כתב – "כל אחד בשלו הוא משתמש. בתשובת זרע יעקב (סי' יז) העלה דהיינו דוקא באופן ששניהם יכולין להשתמש בבית אחת או לשעות, דמצי אמר אלו באת אתה, אני הייתי משתמש בחלקי או ביומי. אבל בבית או בחנות שאי אפשר לשניהם להשתמש כאחד, צריך להסתלק שנה כנגד שנה."

ואמנם יש שהלכו בדרכו של הבית דוד והזרע יעקב ועפ"י דרכם קבעו שאין מחלוקת בין הרשב"א לרשב"ש. בספר שו"ת נפת צופים (להג"ר פ"מ בירדוגו ז"ל) חלק חו"מ סי' ריא כתב שדינו של הרשב"א לא נאמר ביחס לשותפים בדירה, מכיון שאין דרך שני בני אדם לגור יחד באותה דירה, אלא דבריו נאמרו רק ביחס לחצר משותפת, וז"ל – "אפילו בבית גדול .. אין דרך בני אדם לדור יחד. ומשל הדיוט אומר הדירה והקבורה לא ישתתפו לאדם בחברה. ובודאי כל שדר בבית כמות שהוא, כיון דלא יתכן להו לדור יחד, הרי זה מעלה שכר לחלק שותפו. ומילתיה דהרשב"א לא אמרה אלא בכגון אמצעה של חצר שהוא משותף ביניהם שאינו מיוחד לדירה, אלא שזה מניח חבילתו בה לשעה וכשיהיה פנוי משים חבירו, ועל זה קאמר דמצי חבירו למימר מי מעכב על ידך שלא לעשות גם אתה... ועיין הרשב"ש בסי'

לאחר שהרשב"א סיים להוכיח שאם אין חלוקת גוד או איגוד, אין חלוקה לזמנים, דן הרשב"א כיצד ינהגו בנידון המבואר בשאלה, דהיינו במקום של בית הכנסת, וכתב – "אפילו במקום ישיבה של בית הכנסת, שא"א לשניהם להשתמש בו כאחד, כשיסתלק זה, ישב בו זה. קדם וישב בו היום, יקדים השני למחר, וישב בו. ואפילו בחצר שאין בה דין חלוקה, כך הוא, שבמקום שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, א"א להשתמש זה בחבילתו וזה בחבילתו כאחד. לעתים שא"א, אלא כשמסתלק זה לשעה, משתמש בו שני לשעה".

דהיינו הרשב"א הורה שאין חלוקה מסודרת לימים ידועים מראש, אלא כל הקודם רשאי לישיב במקום זה, והיינו מפני שאין תקנת חלוקת זמנים, אליבא דשיטתו.

ועל זה כתב את סיום דבריו - "ואם אירע שישב בו האחד, שתיים ושלוש שנים. נראין לי דברים ברורים, שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים, אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו".

הרי שדברי הרשב"א בסיום התשובה באו בהמשך לדבריו הקודמים, שבהם קבע שמאחר שאין כל הסדר ידוע ומוסכם מראש לשימוש במקום המשותף, או הסדר אחר המחוייב עפ"י ההלכה, על כן בין אם האחד ישב שם יום או יומיים ובין שנה או שנתיים, הרי הוא משתמש בתוך שלו, ואין חבירו יכול לתבוע ממנו דמי שכירות או לתבוע לאפשר לו להשתמש במקום זה לפרק זמן דומה. מפני שאלו הם כללי השותפות, שכל אחד יכול לבוא ולשבת במקום זה אימתי שירצה, בין מעט ובין הרבה, ואין מקום לחישוב זמנו של זה כנגד זמנו של השני, דלא קיי"ל כמאן דאמר שתיקנו חלוקת זמנים.

עפ"י זה באר בתשובת דבר משה, שגם אם חבירו אינו יכול להשתמש בשותפות, אינו צריך להעלות לו שכר, כל עוד אינו תובע חלוקת השותפות.

הדבר משה השיב במקרה של ראובן ושמעון ולוי שיש להם חנות ועסק בשותפות, ופירקו את השיתוף בעסק, ונשארה להם החנות בשותפות, ודרו בה ראובן ושמעון ד' שנים, ואחר חלוקת העסק הלך לוי לארץ אחרת. בזה ופסק שלא יוכל לוי לומר אדור אני שם כמו שדרו הם בחנות, ואף דמי השכירות אין חייבים לתת ללוי בעד אותו זמן שדרו הם, ויש מקום לדברי השותף שהשתמש בחנות, הטוען לפוטרו מתשלום מפני שהשתמש בחלקו.

הדבר משה הביא מדברי הבית דוד הנוכח, וחלק עליו וכתב - "לשיטה זו דקאי הרשב"א ז"ל דלמ"ד אית דינא דגוד או איגוד, לית ליה חלוקה לזמנים ידועים כלל, בא ללמדנו ז"ל דאם אינם רוצים בגוד או איגוד, כך הוא הדין, דאם הוא

התשובה מחולקת לשני חלקים, בתחילה הרשב"א חולק על הרמב"ם הסובר שאם אין גוד או איגוד, יש להורות על חלוקה לימים, ומבאר שיטתו ומביא ראיות לדבריו. וז"ל הרשב"א - "תשובה, מסתברא שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל, למ"ד אית דינא דגוד או איגוד. ובדברים שיש בהם דינא דגוד או איגוד, א"נ למ"ד אית דינא, במידי דאי אפשר בגוד או איגוד, כגון מי שחציו עבד וחציו בן חורין. ונ"ל טעמא דמלתא, משום דדינא דגוד או איגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים, תקנתא נינהו. דאילו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית ביה שיעור חלוקה, אילו רצה זה ליטול חלקו, יטול. אלא משום עשיית הישר והטוב, אי אפשר. ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או איגוד, או דינא דחלוקת זמנים ידועים. כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם. ובעיקר תקנתא פליגי. דמר אמר דינא דחלוקת זמנים ידועים עדיפא ליה לנתבע, משום דהדרא ליה. ומר אמר גוד או איגוד עדיפא ליה לנתבע, משום דידו על העליונה. וכי היכי דלמר לית ליה אלא תקנתא חדא כו'.

ותדע לך, דאם איתא דמאן דאית ליה גוד או איגוד, אית ליה תקנתא אחרינא, מאי קא מקשה ליה ממי שחציו עבד וחציו בן חורין, וממרחץ דעני ועשיר הא איהו, הא והא אית ליה. אלא ודאי ש"מ דגוד או איגוד בלחוד הוא דאית ליה. אלא דהוה טעי וסבר דאפילו במידי דלא אפשר למימר ביה גוד או איגוד, אלא גוד לחודיה או איגוד לחודיה, עבדינן להו תקנתא אחריתי. ואהדר ליה, דלא ... ונראה לי עוד ראייה מדתנן בפרק השותפין שבנדרים היה אחד מן השוק מודר מאחד מהם הנאה, לא יכנס לחצר. רבי אליעזר בן יעקב אומר יכול הוא לומר לו: לתוך של חצרי אני נכנס. איני נכנס לתוך שלך. ואסיקנא בגמרא דבחצר שאין בה דין חלוקה פליגי. ופרשו בב"ק טעמא דרבי אליעזר משום ברירה. כלומר כיון דאין בה כדי חלוקה, וא"א להם שלא ישתמשו בה שניהם, כל אחד מקנה חלקו לחברו, כל זמן שמשתמש לשעה בו, הוא, או מי שנכנס לחצר מחמתו. שיהא שלו לאותה שעה. וכן זה לחברו. וכל שזה משתמש בו לשעה, הוברר הדבר דבשלו הוא משתמש. אבל בחצר שיש לו בה דין חלוקה, אף על פי שלא חלקו, כיון דאפשר להם לחלוק, ושלא יהא לזה רשות ליכנס לתוך חלקו של זה, מעתה אסורים. דלא אצטריכו לשעבד חלקן זה לזה. וליכא ברירה.

ואם איתא, אף בחצר שאין בה דין חלוקה לא נימא בה ברירה. ואילו רצה, זה מסלק את חברו מן החצר לגמרי, עד זמן ידוע. ואף על פי שיש לחברו עדיין בגופו של חצר. דהא הדרא ליה. מכל מקום, אילו חלקו בכך, בלי ספק היה יכול זה לאסור על אחד מן השוק, כל אותו זמן, דלא גרע משוכר. ואפילו השתא נמי יהא אסור. והואיל ואפשר להם בחלוקה זו, אמאי אמרינן דשעבד חלקו לחברו, והוברר הדבר. אלא משמע מכאן לכאורה שא"א לחלוק לזמנים. ולפיכך א"א לו לאסור אפילו על אחד מן השוק. דהשתא הוא דאיכא למימר יש ברירה".

וכן בשו"ת תשורת שי סי' תרח כתב שקשה לומר שהב"י והרמ"א השמיטו את סיום דברי הרשב"א שכתב "ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו", למרות שיש נ"מ לדינא מדברים אלו. וכתב התשורת שי - "גם קשה לומר דהרמ"א לא ראה בשו"ת הרשב"א עצמו, דבכל דוכתי מביא בדרכי משה דברי הרשב"א, ואיך כתב הרמ"א דין זה על דברי המחבר בבית, דאי אפשר לדור ביחד, ... אף דבבית יוסף הביא מתשובת הרשב"א לענין מקום בית הכנסת, סתם הרמ"א והביא על בית שאין בו דין חלוקה ואין יכולין להשתמש ביחד". והיינו מפני שעיקר הסברא ברשב"א היא דכל שלא חלקו, הרי הוא משתמש בשלו.

מסקנת התשורת שי - "אם הזרע יעקב ובית דוד חולקים על הרמ"א, מאן ספין ומאן רקיע לפסוק להוציא נגד דעת הרמ"א, וגם הסמ"ע והש"ך לא עירערו עליו". ואמנם מדברי הרשב"ש סי' קלט עולה שאינו סובר כסברא זו של הרשב"א, שכל עוד לא חלקו בשלו הוא משתמש, אך כתב על זה התשורת שי - "והרשב"ש, אילו ראה דברי הרשב"א י"ל דלא היה פוסק שלא כוותיה".

לפי דרכו של הדבר משה בביאור שיטת הרשב"א, יש מקום לתמיהה על דברי הרמ"א שהביא מדברי הרשב"א להלכה. שהרי הרשב"א הורה כן דוקא לשיטתו שחלק על הרמב"ם, ונקט שאין תקנה לחלוקת זמנים כשאינו גוד או איגוד. אבל מאחר שהשו"ע פסק בזה כשיטת הרמב"ם, והרמ"א אינו חולק, הרי לשיטה זו יש מקום לחלוקת זמנים, ואם אחד ישב בנכס המשותף שנה, יש לתת גם לשותף השני לשבת במקום זה למשך שנה כנגדו. ומדוע הרמ"א שהסכים דלהלכה נקטינן כשיטת הרמב"ם, הביא בסתמא גם את דינו של הרשב"א שיכול לומר בשלי השתמשתי, ולא העיר שהלכה זו במחלוקת שנויה.

ואמנם מבואר בתשובת הרשב"ש סי' קלט, הנזכר לעיל, שכתב בפשיטות דלא כסברת הרשב"א ופסק שלא יוכל לומר בשלי השתמשתי, והסתייע משיטת הרמב"ם. ומבואר דהרשב"ש פשיטא ליה, דלשיטת הרמב"ם קיימת תקנת חלוקה לזמנים, הן מכאן ולהבא, והן ביחס לתקופה שעברה, שאם אחד מהשותפים כבר דר בנכס המשותף שנה, רשאי השני לקבל את הנכס המשותף למגורים של שנה כנגדו. ולפי דרכו של הרשב"ש עולה בהכרח, דלמאי דנקטינן כשיטת הרמב"ם, ה"נ לא קיי"ל כסברת הרשב"א גם ביחס לתקופה שעברה, ולא יוכל לטעון בשלי השתמשתי.

והדברים התבארו היטב בספר ישמח לב (להג"ר שמ"ח גאגין ז"ל) חחו"מ סי' א' בתשובת הג"ר משה פארדו ז"ל, ששיטת הרשב"א היא - "דסוף דינא דיינינן כתחילת דינא, מה תחילת דינא אם לא רצו בגו"א וטען חלוקה לזמנים לא הוה צייטנין ליה, אלא ישתמשו כאשר עלה בדעתם בתחילה להשתמש, דכל הקודם לישיב זכה וכשזה מסתלק יושב זה, ה"ה בסוף דינא, מהיכי תיתי שישב זמן כנגד זמן, כיון שאין שם חלוקת זמנים כלל, ומי שישב תחילה יטעון

מקום שאפשר להשתמש שניהם כאחד ישתמשו. אלא אפילו במקום שאי אפשר להשתמש שניהם כאחד, כגון במקום ישיבת בית הכנסת, כל הקודם וישב זכה ואינו יכול חבירו להוציאו משם עד שיסתלק זה, וז"ש הרשב"א וכשיסתלק זה ישב בו זה, קדם זה וישב היום יקדים השני למחר. ועל דרך זו מתנהגים עד שיבוא אחד מהם ויטען גוד או איגוד שהוא הדין הגמור. וכן הדין בחצר שאין בו דין חלוקה, שאי אפשר לשניהם להשתמש כאחד, כשמסתלק זה ישתמש השני, ואם האחד מהם לא יוכל לעמוד בזה יטען גוד כו' כאמור, כיון שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל. ומעתה לפי זה אם ארע שישב בו האחד ב' וג' שנים, פשיטא דלא יוכל השני לטעון שיעלה לו שכר או שישתמש בו ב' וג' שנים כנגד אותן שנים שנשתמש הראשון, דאע"ג דהיתה לו הנאה ותועלת לזה, מ"מ יוכל לומר בשלי נשתמשתי, ואם היית בא גם אתה היית משתמש בשעה שהייתי מסתלק גם אני, או היית קודם ביום השני להשתמש ... יש לעמוד דיינו של הרשב"א לחוד ודינו של הרמב"ם לחוד. דלהרשב"א דאית ליה למ"ד גוד או איגוד לית ליה חלוקה לזמנים ידועים, וכן הוא האמת, ועל זה כתב בנידונו ואפילו בישיבת בית הכנסת כו' שאי אפשר לשנים להשתמש כאחד כו' כלומר דבכה"ג כיון שאינן רוצים בגוד או איגוד, סד"א דיחלוקו לזמנים ידועים, קמ"ל דלא, אלא כשיסתלק זה ישב זה כו'. א"כ לשיטה זו ה"ה ודאי בחנות וכיוצא דאי אפשר לשנים להשתמש כאחד דינא הוא, דמי שקדם וישב זכה, וכשיסתלק זה ישב בו זה כו', א"כ לשיטה זו ודאי ה"ה בחנות וכיוצא דאי אפשר להשתמש כאחד, דינא הוא דמי שקדם וישב זכה, וכשיסתלק זה ישב בו השני, עד שיתרצה, מי שלא יוכל להקדים ולישב, בגוד או איגוד, כיון דלית דינא לזמנים ידועים כלל".

בספר שו"ת פני יצחק (להג"ר יצחק אבועלפאי ז"ל) ח"ג חחו"מ סי' א' (דף ב.) כתב, וז"ל - "מצינו להרב דבר משה ז"ל בח"ב סי' מ' הפליג על הרב בית דוד ז"ל בחילוקו הנ"ל ... וז"ל .. לדעת הרשב"א ז"ל הנזכר כל אפייא שוין ואין חילוק כלל דבכל גוונא פטור מלהעלות לו שכר ומלתת לו הבית לדור בו כנגד השנים שעברו, מטעמא דאמרן דבשלו הוא משתמש, יעש"ב. גם מצינו להרב אדרת אליהו ז"ל בסי' יח דנקיט בפשיטות כסברת הרב מה"ר משה אמריליו הנזכר ודלא כהרב בית דוד".

מסקנת הפני יצחק שהמוחזק יכול לטעון טענת קים לי כסברת הדבר משה וספר אדרת אליהו.

וכן בספר פני הבית (להג"ר אברהם ענתיבי ז"ל) ח"מ סי' קעא סק"ג הביא את תשובת הבית דוד וכתב על דבריו - "והרב דבר משה ח"ב סי' י"ח חלק עליו ודחה דבריו בראיות נכונות, וס"ל דאפילו בכה"ג פטור, ואומר לו בשלי דרתי והיה לך לבא ולדור, עי"ש בדבריו. והכי משמעות כל הפוסקים שהביאו תשובה זו של הרשב"א בסתמא, ולא חילקו כחילוק הרב בית דוד. ובודאי שהנתבע מצי למימר קים לי כהרב דבר משה ודעימיה".

השותפות, ולהלכה דנקטינן כרמב"ם, הדין עמו לחלק חלוקת זמנים. אם לאחר מכן שותף אחד שהה במקום שנה, עליו לאפשר לשני לשהות שנה במקום או לשלם דמי שכירות.

ואכן, בתשובת הרשב"א מפורש שדן במקרה שבו השותפים מעוניינים להמשיך בשיתוף ביניהם בנכסים, אלא שהתעוררה שאלת בירור זכויות כל אחד מהם בנכס המשותף. כך עולה מדבריו בלשון השאלה בה נאמר בלשון זו - "שנים שלקחו מקום ישיבה של בית הכנסת, כל זמן שאינן רוצין בדין גוד או איגוד היאך עושין, ישתמש בו כל אחד לפי שיזדמן או יש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים". הרי שתשובה זו עוסקת בשותפים שאינם מעוניינים בפירוק השותפות.

וכן בתשובת אהל יצחק (להג"ר יצחק הכהן חסיד ז"ל) חח"מ סי' נד כתב - "בנידון דין הרי אמר לו ראובן לשמעון גוד או איגוד, דבזה אפילו שיכולין שניהם להשתמש כאחד ויכול לטעון דבשלו הוא משתמש, יכול ראובן לומר גוד או איגוד כמ"ש בש"ע שם, ואינו יכול לומר דבשלו הוא משתמש". וכן בספר פני הבית (הנוכח לעיל) כתב - "אף דאם דר בחלק חבירו, יכול לומר בשלי אני דר, זהו דוקא אם דר בחלק חבירו ולא היה שם חבירו כדי לעכב עליו, ואחר כך בא על העבר, אינו יכול לטעון. אבל על מכאן ולהבא יכול לטעון ולומר לו או הסתלק מחלקי או תן לי שכירות חלקי, אפילו להרשב"א".

וכן הבית דוד בתשובתו הנזכרת דייק הלכה זו מלשונו של הלבוש. בלבוש סי' קעא סעיף ח' כתב - "אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש כאחד בכל יום, חולקין אותו בימים שלימים, וכל זמן שלא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין לבדו אפילו כמה שנים, והשני לא היה כאן או היה ושתק, אינו יכול לומר אח"כ אשתמש גם אני לבדי כך זמן כמו שנשתמשת אתה, שזה יאמר לו כל זמן שלא חלקנו אני לא נשתמשת אלא בחלקי, ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך, ואם רוצים לחלק תתחיל החלוקה מהיום, ומה שדר בו זה לבדו לא יחשב. וכן הדין במקום בבית הכנסת כשישב עליו זה אפילו כמה שנים, והשני לא היה בעיר או היה בעיר ושתק, אין מנכין לזה מה שישב עליה, דבשלו הוא משתמש כל זמן שלא חלקו".

וכתב הבית דוד על דבריו - "קצת קשה לכאורה על הר"ב הלבוש ז"ל דהוסיף מדיליה על דברי הרשב"א וכתב דהשני לא היה כאן או היה ושתק, דמה לנו ולשתיקתו, ואפילו עומד וצווח שלא ישתמש חבירו או שיעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן.

ונראה דכוונתו לומר, שיכול להתרות בו ולומר גוד או איגוד ואל תשתמש אתה לבדך, שאם תשתמש תתן לי שכר הראוי, דבזו הדין עמו, כיון שאומר גוד או איגוד, והוא לא אגיד ולא מוגיד".

היה לך לבא והייתי מסתלק כפעם בפעם". ובדעת הרמב"ם כתב - "אבל מאן דאית ליה חלוקת זמנים, אמרינן דמתחילה כשקנו דבר בשיתוף היה בדעתם להשתמש לזמנים, ואם בא לבית דין דיינינן ליה שיחלקו לזמנים כיון שאין רוצים בגוד או איגוד, א"כ גם אם ישב אחד מהם, יטען זה אשב גם אני כנגדו, דסוף דינא כתחילת דינא".

ולפי זה באר את דעת הרשב"ש - "יליף לה דישב זמן כנגד זמן, מדברי הר"מ פ"א משכנים שכתב דאם אין רוצים בדינא דגוד או איגוד שחולקים לזמנים שנה שנה. והמעין יראה דהר"מ לכתחילה קאמר, אבל כשכבר דר לא גילה דעתו אי אמרינן שידור זה כ"כ שנים כמו שדר זה, אלא שהרב פשיטא ליה דסוף דינא כתחילת דינא".

ולפי דרכו באר הטעם שמרן הב"י השמיט דינו של הרשב"א מהשו"ע, ותמה על הרמ"א שהעתיקו. אך בסוף דבריו כתב, דהלכה למעשה קשה לדחות מהלכה דברי הרמ"א שנכתבו בסתמא, ובודאי המוחזק יוכל לטעון קים לי. אבל בספר ערך שי (ח"מ סי' קעא ס"ח) לא הסכים שדברי הרמ"א אינם מתאימים עם שיטת הרמב"ם, וכתב - "ברמב"ם שם, לא כתב רק לכתחילה חולקים לזמנים, וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל צ"ח ס"ד. אבל כשכבר נשתמש בו אחד ולא מיחה בו חבירו לא פליגו על הרשב"א. ועל כן הרמ"א כאן אחר דברי הרמב"ם ורא"ש דחולקים בימים, כתב לא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים לא יוכל אח"כ לומר אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת".

דהיינו, אמנם דברי הרשב"ש אינם כתשובת הרשב"א, אך הרמ"א סתם כדינו של הרשב"א, מאחר שאין הכרח לסברת הרשב"ש שנקט בפשיטות שהרמב"ם והרשב"א חולקים גם עביח לתקופה שעברה, ונחלקו גם כשותף אחד כבר גר בנכס המשותף אם יוכל לטעון בשלי השתמשתי. ואמנם מסתבר כסברת הערך שי שיסוד דינו של הרשב"א שהביא הרמ"א, נובע מכך שחלוקת השותפות אינה דבר הנעשה מעצמו. ועקרון זה מקובל גם לשיטת הרמב"ם שפסק שיש מקום לחלוקה בדרך של חלוקת הזמנים, מאחר שבעודם מחזיקים בשותפות אין תקנה הקובעת את דרך חלוקת השימוש ביניהם, ופסיקת הרמב"ם מתייחסת רק לתקנה שהותקנה כדרך לחלוקת השותפות, והותקנה רק לאחר שבאה דרישה מצד השותף השני לחלוקת השותפות. על כן הרמ"א פסק הלכה זו, המבוארת בתשובת הרשב"א, גם אליבא שיטת הרמב"ם, שכל עוד לא עלתה דרישה לחלוקת השותפות, לכו"ע כל אחד מהשותפים יוכל לטעון בשלי השתמשתי, ודלא כדעת הרשב"ש.

תשלום שכר דירה לאחר תביעה לחלוקת השותפות

לפי המבואר, הלכה זו שפסק הרמ"א בשם הרשב"א נאמרה בשותפים שלא בקשו לחלוק את השותפות, לא בדרך של גוד או איגוד ולא בחלוקה לזמנים (אליבא דהרמב"ם והשו"ע). אבל אם אחד השותפים תובע לחלק את

שבו הוא השתמש, וכמו כן אינו מחוייב בתשלום שכר דירה לחבירו עבור הזמן שגר במקום זה לבדו.

לדעת הרבה האחרונים, אין חילוק בין שותפות בחצר הראויה לשניהם יחד לשותפות בבית שאינו ראוי למגורים של שני השותפים בעת ובעונה אחת. וכן נראה עיקר בשיטת הרשב"א.

אבל אם אחד השותפים תובע חלוקת שותפות בכל דרך שהדין נותן, דהיינו בדרך של גוד או אגוד, או אף בדרך של חלוקת זמנים אליבא דהרמב"ם, כיון שהדין עמו, מכאן ולהבא כבר לא יוכל חבירו לטעון בשלי השתמשתי ולהפטר מתשלום שכר דירה או לאפשר לחברו מגורים כנגדו.

לדעת הרשב"ש, הלכה זו של הרשב"א שלא לחייב שכר דירה או מגורים כנגדו אינה מוסכמת על הרמב"ם, אלא בכל עת רשאי כל שותף לדרוש מכאן ולהבא חלוקת זמנים, וגם בלא דרישה כזו, אם חלוקה זו כבר החלה להתבצע באופן חד צדדי על ידי אחד מהשותפים, רשאי השני לדרוש לקבל את חלקו בפרק זמן דומה כנגד מגורי הראשון.

לדעת הרמ"א הלכה זו שכתב הרשב"א, היא אליבא דכו"ע, וכן הסכימו כמה אחרונים.

חיוב דמי שימוש בדירה של בני זוג שרק אחד מהם גר בדירה
לפי האמור, יש לקבוע את הכללים בשאלת חיוב דמי שימוש ראויים בדירה המשותפת לשני בני זוג, אך אחד מהם מתגורר מחוץ לבית.

ראשית נציין, שאין מעמדם של בני זוג כשני שותפים בעלמא. בשותפים אחרים, מגורי האחד בדירה מפריעים למגורי חבירו, עיין לעיל בלשונו של תשובת נפת צופים, משא"כ בבני זוג שהשיתוף נועד למגורים משותפים. מלבד זאת, יש להתחשב בחובת הבעל למדור לאשתו ובזכותו לפירות בנכסי מלוג שלה.

בזוג נשוי הנמצא בסכסוך זמני, והבעל או האשה נמצאים לתקופה מסויימת מחוץ לבית, לא תהיה עילה לתביעה לתשלום שכר דירה, שהרי בכל שעה שימצא לנכון יכול לחזור לביתו, ולא נדון את השיתוף ביניהם כמפורק.

כשהאשה גרה בדירה המשותפת בלא בעלה, גם ללא זכותה כשותף בנכס, בסתמא האשה יושבת במדור מכח זכותה למזונות ומדור עבודה. וכן אם האשה עזבה, והבעל מתגורר לבדו בדירה המשותפת, גם בלא זכותו כשותף בנכס, בסתמא הוא גר בדירה כבעל הזכאי לפירות נכסי מלוג של אשתו.

על כן התנאי הראשון לחיוב דמי שימוש הוא - שיתברר שהנתבע לתשלום אינו זכאי למגורים בדירה המשותפת מכח הזכות הנ"ל. דהיינו אם הבעל הוא נתבע, הבעל אינו זכאי לפירות נכסי מלוג. ואם האשה היא הנתבעת, אינה זכאית למזונות מבעלה.

כמו כן במקרה שהבעל והאשה כבר התגרשו, הדבר פשוט שגם לשיטת הרשב"א אין מקום לטענה "בשלי

וכן מבואר בספר כסף הקדשים על חו"מ סי' קעא שכתב בביאור שיטת הרשב"א - "טעמו משום שכן הוא דרך קנין דשותפות, שבזמן שישתמש בו אחד מהם יהיה כאילו איגלאי מילתא למפרע שהקנין חל לו לבד לזמן הזה ... עיקר טעמיה דהרשב"א בזה נראה דהיינו מצד שהיה לו להשותף השני לעשות חלוקה או סדר שימוש זמן אחר זמן, וכל שלא עשה כן הניח את מה שישתמש חבירו על כפי מה שהוא על פי ההלכה, והרי ההלכה דיש ברירה בזה, וכנ"ל. משא"כ כששותף אחד ברח ע"י אונס או כדומה איזה טעות ... מודה הרשב"א שיוכל אח"כ השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש ... הרמ"א בהג"ה כתב דגם היכא דלא שייך גוד או אגוד רק שנה אחר שנה שייך, בחלקי נשתמשתי, צריך לומר דאיירי שהלך ברצון ולא ע"י אונס וכנ"ל, וכשהיה סדר של שנה אחר שנה גם שלא היה כן על פי הרשאה מהשותף, מכל מקום נראה דלא שייך שנתרצה שיאמר חבירו בחלקי נשתמשתי, וכנ"ל".

מבואר בכסף הקדשים כמו שכתבנו, שחלוקת הזמנים אינה דבר הנעשה מעצמו, אלא רק כשאחד מהשותפים תובע זאת, הדין עמו, ובלא תביעה אינו מחוייב להעלות שכר, דמטעם מחילת השותף השני אתינן עלה, וכל עוד היה יכול לתבוע חלוקה, לכל הפחות חלוקת שנה שנה, ולא תבע, הרי שמחל על זכותו. למרות זאת, סובר כסף הקדשים שבמקום שבנסיבות המקרה מוכח שהשותפים אינם מסוגלים לממש את השותפות באותו זמן, כגון כשאחד מהשותפים נאלץ לברוח עקב אונס שמנעו לדור כאן ולממש את חלקו בשיתוף, דינו כתובע חלוקת שותפות ולאחר שהראשון דר בבית במשך שנה, השני זכאי לדור שנה אחרת כנגדו.

ולפי דרך זו יש מקום לפסק דינו של הבית שלמה הנוכח, שהורה שאם האחד מנע מחבירו שימוש בשותפות, צריך להעלות לו שכר, אך לא מטעם שאנו נוקטים לדינא כסברת הבית דוד, אלא מפני שבאותה עת ששותף אחד מונע מחבירו, נעשה חבירו כמי שתובע חלוקת השותפות, ואינו מוחל על זכותו.

מסקנת הדברים - לשיטת הרשב"א, להלכה פוסקים דינא דגוד או איגוד, אך כל עוד שהשותפות שרירה וקיימת, ואין תביעה לפירוק השותפות, אין מקום לחלוקת זמנים, הן כדרך להנהגת השותפים מכאן ולהבא והן ביחס לתקופה שכבר עברה. על כן אין מקום לתביעת אחד השותפים הדורש לקבוע את השימוש בשותפות בדרך של חלוקת זמנים, אלא כל הקודם בנכס המשותף זוכה, ולאחר שיצא האחד, יוכל חבירו להכנס, וזו דרך השימוש בנכס המשותף, אך אין מניעה שכל שותף יתבע בכל עת פירוק השיתוף בדרך של גוד או איגוד. אבל כל עוד אין תביעה לגוד או איגוד ולא חלקו את השותפות, כל אחד משתמש בשלו. ואין אחד מחוייב לאפשר לחבירו שימוש בנכס לפרק זמן כזמן

שלא התגורר בדירה עזב את בן הזוג ובקש לפרק את השיתוף ואף קבל פס"ד לחלוקת הרכוש, ובסופו של דבר בני הזוג התגרשו, והביאו לסיום פרק השותפות, שבנסיבות אלו גם הרשב"א מודה שגם כל עוד לא פורק השיתוף, קיימת זכות לכל שותף לתבוע חלוקת זמנים או שכר דירה.

ועיין לעיל שהבאנו מכמה פוסקים, שדי בתביעה לפירוק השיתוף על מנת שכבר לא יהיה מקום לדון את דינו של הרמ"א בשם הרשב"א. ואמנם לא יהיה מקום לומר כן בבני זוג שקיימים ביניהם שעבודים הדדיים, דהיינו אם למרות שהאשה עזבה את הבית עדיין קיימת לבעל הזכות לפירות נכסי מלוג, או אם הבעל עזב ועדיין קיימת לאשה הזכות למזונות מבעלה לרבות הזכות למדור בדירת המגורים.

ויש להוסיף בזה, אם האשה עזבה את הבית בטענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, נקטינן שאינה חייבת להיות עמו, וזאת על פי הוראת הרא"ש בתשובה כלל מג סי' יד שהורה - "זאת האשה, שטוענת מאוס עלי, אין כופין להיותה עמו, וגם אין כופין את הבעל לגרש". וכן פסקו הטור סי' עז והרמ"א בסעיף ג'. ויתירה מזו כתב הב"י סי' ע"ז בשם הר"ן בתשובה סי' יג - "אבל האומרת מאיס עלי ... הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד, והפסידה כל שיש לה על הבעל".

ובפד"ר חלק ג' עמוד 328 בפסק דין מבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאון רבי יעקב הדס ז"ל, יבל"א הגאון רבי יוסף שלום אלישיב שליט"א, והגאון רבי בצלאל זולטי ז"ל כתבו - "והואיל ולפי ההלכה אין חוסמין אותה לפניו והיא זכאית, להני קדמאי הנ"ל, להוציא מן הבעל גם לפני מתן הגט כל מה שהכניסה לו, או עכ"פ להחזיק במה שתפסה מבעלה, לפי דעת הט"ז והב"ש, וכל שכן גופה שהיא מוחזקת בעצמה, לכן נראה שאין זכות לבעל, במקרה דנן, לעכב את יציאת אשתו מן הארץ".

הרי שאשה האומרת מאיס עלי ובאמתלא מבוררת, ביטלה מיד את תנאי האישות, אינה משועבדת לגור עם בעלה ואף אין מניעה שתצא לגור בארץ אחרת, בנסיבות אלו ודאי שיש לקבוע שהשותפות ביניהם הסתיימה, ויש מקום לדונם כשותפים שאחד מהם דורש לסיים את השותפות שבנסיבות אלו לא אמר הרשב"א את דינו.

מסקנה

ביחס לתקופת הזמן שלאחר הגירושין, אין ספק שהאשה מחוייבת לשלם לבעל תשלום עבור מגורים בדירה שחציה שייכת לו.

וביחס לתקופה הקודמת לגירושין, באותו פרק זמן שהבעל מחוייב לזון את אשתו, ומחוייב במדור עבורה, אין מקום לתביעת שכר דירה.

אבל החל מהמועד שעל פי ההלכה האשה כבר אינה זכאית לתשלום מזונות מהבעל, אם הבעל תובע גירושין, ותביעתו מתקבלת, ממועד זה על האשה לשלם לבעל שכר דירה עבור חלקו בדירה המשותפת. אבל אם תביעתו נדחית,

השתמשתי", מאחר שעפ"י ההלכה בן הזוג השני מנוע ממגורים באותה דירה ודינם כשותפים שתבעו לפרק את השיתוף ביניהם, ולא גרע מההלכה המבוארת בכסף הקדשים בשותף שנאלץ לברוח מחמת אונס.

ועיין בפד"ר כרך יח עמ' 300 בפס"ד של בית הדין האזורי ירושלים שהגר"ש שפירא שליט"א כתב כדבר פשוט, שלאחר גירושין מאחר שהזוג מנוע ממגורים משותפים יש חובת תשלום שכר דירה, מפני שאינם יכולים להשתמש בשותפות במקום זה.

אך עיין בפסק הדין שם שדייק דבריו מלשון הרשב"א שכתב "ואילו רצה חבירו היה משתמש בו", ולפי המבואר, דיוק זה אינו אליבא דכו"ע, אבל הדין כן מפני שכבר כלה זמן השותפות.

אך ביחס לתקופת הפירוד בטרם גירושין ולאחר שהאשה טענה "מאיס עלי", כתב בפסק הדין שם להסתפק האם לאחר שכלתה האישות ביניהם כלתה השותפות. עיי"ש שלא הביא מהמקורות הנזכרים.

ונראה שאין מקום לספק, ויש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, וזאת לאחר שאנו פוסקים להם דינא דמתיבתא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושין, (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של הבית יעקב סי' עז שהובא בפד"ר כרך יב עמ' 373, שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושין, כשאינן לבעל זכות לפירות נכסי מלוג, דהיינו בטענת מאיס עלי, לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן.

ועיין בספר בית אב (להגר"ר אליהו בקשי דורון שליט"א) ח"ב סי' עא, שדן במקרה שהאשה עזבה את הבית עקב סכסוכים הבעל טען שאשתו אסורה עליו ולאחר זמן התגרשה מבעלה וניתן פס"ד לחלוקת הרכוש. עקב דיונים ממושכים גם כעבור מספר שנים האשה עדיין לא קבלה את חלקה בדירה.

באותו נידון, בית הדין האזורי בחיפה, בהרכב הג"ר אליהו בקשי דורון שליט"א והגר"ר שמואל דיקמן ז"ל, פסק שלא לחייב את הבעל בשכר דירה, גם לאחר שניתן פס"ד לחלוקת הרכוש, וגם לאחר הגירושין. ומאידך בית הדין הגדול ביטל את פסק דינם וקבע לחייבו בשכר דירה מיום עזיבת האשה את הבית, ועוד טרם הגירושין, ולפי המבואר לעיל, היינו מפני שהיה דינה כאומרת "מאיס עלי", ודנו שמיום עזיבתה את הבית נחשבת כדורשת פירוק השיתוף ובכך הבעל כבר אינו יכול לטעון "בשלי השתמשתי", ופסק הדין של בית הדין הגדול מכוון להלכה, ובמחילה מכ"ת חברי בית הדין האזורי, אין דבריהם מחוורים. מפני שלא היה מקום ללמוד מדינו של הרשב"א העוסק במקרה שאין אחד מהשותפים תובע גוד או איגוד, ובנסיבות ששני השותפים מסכימים שמסגרת השותפות שרירה וקיימת, ולהקיש מדבריו למקרה הנידון באותו פסק דין, שבו הצד

ותביעתה מתקבלת, או עכ"פ כשבית הדין אינו מורה לה לשוב לבעלה, וכפסק הרמ"א סי' עז"ג, אם האשה תובעת דמי שימוש בדירה, מכאן ולהבא ודאי שיש לחייבו בשכר דירה. אך גם עבור התקופה שבטרם התביעה לתשלום שכר דירה, יש לחייבו החל מאותו מועד שאנו דנים אותם כשותפים שנפרדו דהיינו לאחר פסיקה של בית הדין שאינה משועבדת לשוב לבעלה.

ובית הדין מורה לו לשוב לביתו לשלום בית, ובדרך כלל בנסיבות אלו האשה שומרת על זכותה למזונות עבורה, אין מקום לחייבה בשכר דירה.

וכן במקרה שהאשה עזבה את דירת המגורים, והבעל לבדו מתגורר בדירה המשותפת, כל עוד הבעל זכאי לפירות נכסי מלוג, אין מקום לחייבו בשכר דירה. אבל מאותו מועד שכבר אינו זכאי לפירות נכסי מלוג, והאשה תובעת גירושין

סימן לד

טענת שוכר למנוע החלפתו בשוכר אחר מפני זכותו כ"בר מצרא"

הנתבע יעביר לבית הדין את החומר המבוקש עד יום א' טבת תשס"ה.

טענת הנתבע לזכותו מכח דינא דבר מצרא

הנתבע, באמצעות ב"כ, העלה טענת זכותו להשאר במקום מכח דינא דבר מצרא, ובכך הוא עדיף על שוכר פוטנציאלי אחר שיבוא במקומו.

לכאורה היה מקום לטענה זו על פי דברי הט"ז חו"מ סוף סי' קעה. בטור סוף סי' קעה הביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אם בשכירות נאמר דין בר מצרא. וז"ל הט"ז - "ולענין שכירות אותו הבית עצמו, ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן השכירות הראשון. ונראה שבוזה מודה גם הרמב"ם".

אך מכמה טעמים אין מקום לטענה זו. ראשית, אף לשיטת הט"ז שדן בכה"ג דינא דבר מצרא, אין לחרוג מכללי ההלכה שנקבעו בדין בר מצרא. ובהלכה זו הדבר פשוט שאין מקום לתביעה של המצרן כנגד המוכר, אלא התביעה היא תביעת המצרן כנגד הלוקח. על כן נקטו הפוסקים בלשונם שבמקום שדינא דבר מצרא המצרן מסלק ללוקח, ואין עילת תביעה כנגד המוכר, עיין רמב"ם שכנים פי"ב ה"ה, ועוד.

ובחי' הרמב"ן עמ"ס ב"מ דף קח: כתב בתוך דבריו "דהאי דינא דבר מצרא לאו למוכר חייבוהו רבנן אלא ללוקח", עיי"ש.

וכן בשטמ"ק עמ"ס ב"מ דף קח: הביא מדברי הרשב"א שכתב, וז"ל - "וכן כתב גם הרמב"ן ז"ל דדינא דבר מצרא, לא למוכר חייבו רבנן". דברים אלו הובאו בספר אבן האזל הלכות שכנים פי"ג הי"א, עיי"ש שהאריך לבאר הלכה זו.

ובמרדכי ב"מ סי' שצג - "כתב רבינו שמחה וז"ל לפי עניות דעתי, אין למוכר עסק עם המצרן". אמנם ביחס להמשך דבריו דאפילו נעשה ביניהם קנין לא מהני, הביא הב"י סי' קע"ה (אות לא) שהרמ"ה חולק, אך בלא קניין דברי רבינו שמחה מוסכמים.

וכן בספר חוות יאיר סי' פז בתשובת בעל ספר עבודת הגרשוני כתב - "מעיקרא דדינא פירכא שמכ"ת תפס במושלם

בפנינו תביעת עמותה פלונית, שהיא מנהלת קריה חרדית בעיר צפת, באמצעות נציגיה שהופיעו בבית הדין, כנגד הנתבע א.

בחדש טבת תשמ"ו הנתבע שכר מבנה הנמצא בבעלות התובעים ונחתם חוזה שכירות בין הצדדים. המבנה משמש כמינימרקט בשכונה פלונית בצפת, המופעל על ידי הנתבע.

ביום כו סיון תשנ"ט ניתן פס"ד בורר של הג"ר לוי ביסטריצקי ז"ל שבו נקבע גובה שכר דירה בסך 1500 דולר לחדש, וכן נקבע שעל הצדדים לחתום על חוזה חדש למשך חמש שנים. לא נחתם חוזה בכתב, אך הנתבע המשיך להפעיל את המקום בתנאי שכירות, וכעת כעבור חמש וחצי שנים התובעים מבקשים להורות על פינוי הנתבע מהנכס.

הנתבע טוען כי רשאי להמשיך להשאר בנכס, בהתאם לסיכום שהושג בעל פה בין הצדדים, וכן טוען להשקעות רבות שנעשו על ידו בנכס.

נקדים ונקבע שפסק הדין של הג"ר לוי ביסטריצקי ז"ל מחייב את הצדדים. במסגרת הדיון הנוכחי, בית הדין אינו פותח לדיון מחודש את ההוראות שנקבעו בפסק הדין הנ"ל, אלא יתקיים דיון ביחס לנושאים שלא הוסדרו באותו פסק דין או שהתחדשו לאחר מתן פסק הדין.

בית דין קבע כי הדיון בתביעה הנוכחית, יתקיים בשני נושאים בנפרד. א. בירור פרק הזמן שהנתבע רשאי להשאר בנכס. ב. הפיצוי שיוטל על התובעים עם עזיבת המקום. במסגרת פסק הדין הנוכחי נתייחס לנושא הראשון.

ראשית נציין כי מוטל על הנתבע לברר טענתו, מתי וכיצד בוצע הסכם הארכת השכירות לפרק זמן נוסף.

עקב הכחשת הנתבעים קיומו של הסכם כזה, יוטל על הנתבע להוכיח טענותיו, ועליו להודיע לבית הדין מה הראיות שברשותו.

נציין שעל פי ההלכה בחילוקי דעות שביין שוכר ומשכיר, המשכיר נידון כמוחזק, וחובת ההוכחה מוטלת על השוכר, יעויין שו"ע חו"מ סי' שיב סעיף טו, ובסי' שיז ס"ב במחבר וברמ"א ועיי"ש בנתיבות המשפט סק"ב, דהרמ"א איירי בחילוקי דעות על מועד סיום תקופת השכירות שהמשכיר יחשב כמוחזק, וכן בשו"ת מהר"ם פאדווה סי' לט.

שהשלים זמנו ולהשכירו למי שירצה", עכ"ל. הרי מבואר שאם השוכר השלים את תקופת השכירות, רשאי המשכיר להשכיר את ביתו לאחר, ואין לראשון טענת בר מצרא. ועיין בנתיבות המשפט בסוף סי' קעה (חי' ס"ק סה).

ועיין בשו"ת בית שלמה חח"מ סי' צח שדן באריכות בשיטת הט"ז, והעלה שדבריו מפקפקים מאחר שאין לשוכר הראשון כח אלא ביחס לתקופה בה הוא עדיין נמצא במקום מכח הסכם ההשכרה, אך לא ביחס לתקופה שלאחר תום מועד ההשכרה, עיי"ש.

ובשו"ת בית יצחק חח"מ סי' מו כתב - "אם המשכיר אינו רוצה בראשון שהשכיר לו מכבר, אך בראובן ששכר עתה, הדבר ברור דאין שמעון יכול לדחותו כמבואר בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קסה, דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה. כיון שהבית נשאר שלו יכול המשכיר לומר דניחא ליה בשוכר אחר שישמור הבית יותר או שהשכירות מובטח לו יותר, וכן מבואר בזכור לאברהם ח"ג אות מצרנות סי' ל"ה, ואין הספק רק אם המשכיר אומר דלדידי שוין הם, ובה נ"ל הדין דהשוכר הראשון יכול לדחות להמצרן".

ובשו"ת תשורת שי ח"א סי' קכ (בהוצאות אחרות סי' קכא) דן בשאלה דומה לנדון דנן, במקרה בו איש אחר החזיק בשכירות מרחץ מהקהל כמה שנים, ועתה הקהל מבקשים לעשות מכרז על הפעלת המרחץ, והראשון טוען לזכותו מכח דינא דבר מצרא. וכתב התשורת שי לדחות טענה זו מכמה טעמים. בתחילה דן האם בצבור נאמרה הלכה זו של דינא דבר מצרא, וזאת עפ"י המבואר בשו"ת הב"ח סי' יח. אך אכמ"ל בנידון שלפנינו בנקודה זו, מאחר ויש לדון שלעניין זה בעינן דוקא כח שבעה טובי העיר, ויתכן שאין לתובעים כח זה. אך בתשובת תשורת שי כתב טעמים אחרים השייכים בנ"ד, וז"ל - "סתם שכירות מרחץ יש בו תנאים בהתנהגות המרחץ. ומכירה בתנאי לית בה דינא דבר מצרא כמ"ש בחו"מ סי' קעה ס"י, ועוד השבות יעקב ח"ג סי' קסה פסק דבשכירות ליכא דינא דבר מצרא דיכול המשכיר לומר אחר ישגיח יותר על קרקע שלי. ולענ"ד דעת החולקים משום דאין זו טענה דהא השוכר בית יכול להשכיר לאחר ואין יכול המשכיר לומר אין רצוני שיהא בית שלי ביד אחר כדאיתא בחו"מ סי' שטז, וסברת השבות יעקב נוטה לסברת היש מי שהורה שברמב"ם פ"ה משכירות הלכה ה'. אך בנ"ד ודאי לכו"ע יש קפידא בין בלן לבלן לסבול דעתו וכהנה רבות, וכמ"ש הרב המגיד לעניין ספינה, ואם כן אין ספק דאין במרחץ דינא דבר מצרא כיון דמשכיר גופא צריך לרחוץ בו. אלא שיש לעיין דהתינח אם טוען המשכיר כן, אבל כשאינו טוען, הרי לא קפיד ... אלא דמ"מ י"ל דוקא ביחיד מועילה שתיקתו, אבל בשל רבים מאן מחיל כדאיתא בחזקת הבית דף ס' ועיין ביאור הגר"א חו"מ סי' תיז דשתיקת רבים לא הוי מחילה, וא"כ היה כאילו טוענים נגד השוכר ... ומתוך כך לא יהא לו דין בר מצרא ויקפצו שוכרים אחרים", עכ"ל.

שם בשאלתו שאם זבן שוה ק' בר' והלוקח לא נתן עדיין המעות שצריך המוכר לישבע. ולענ"ד שזה אינו, כי אין למוכר עסק עם המצרן כלל אע"פ שלא קיבל עדיין המעות, רק המוכר תובע את הלוקח שיקיים מקחו ויתן לו מעותיו והלוקח מחויב ליתן לו, ואח"כ יש דין בין הלוקח והמצרן וזה נלענ"ד פשוט".

בספר חי' הגר"ח השלם עמ"ס ב"מ שי"ל לאחרונה (מכון אורייתא שנת תשנ"ה) כתב בסי' ריט לבאר הלכה זו - "דין בר מצרא שתקנו חז"ל, וסמכו על הכתוב ועשית הישר והטוב, הוא רק שיש זכות לבן המיצר לקנות שדה על מיצרו, ואיסור על אחר לקנותו. אבל אין איסור על המוכר למכור לאחר שבא לקנות, לכן אי קדם אחר שאינו בר מצרא וחבין סלוקי מסלקינן ליה, דאין איסור על המוכר למכור לאחר שאינו בן המצר, רק דין על הלוקח שאסור לקנות שדה שיש בה בן מצר ללא קבלת רשות ממנו. וראיה לכך מהא שאמרו בגמ' בזבין לעכו"ם, דעכו"ם לאו בר ועשית הישר והטוב הוא. ואם היה הדין על המוכר שאסור למכור למי שאינו בר מצרא, א"כ כיון דקיי"ל סלוקי מסלקינן ליה דהיינו דמבטלינן את המקח משום השגת זכותו של הבר מצרא, א"כ ליבטל המקח משום שיש אצל המוכר השגת זכותו של הבר מצרא. אלא ע"כ דדין בר מצרא הוא רק על הלוקח ולא על המוכר. וכן כתב רש"י שם ... ואין לנו לומר על דינא דבר מצרא ועשית הישר והטוב אלא ללוקח, שהמוכר אומר לו מה עשיתי לך אם ארצה לא אמכרנה לך ותהא בידי. אבל ללוקח נאמר משוך ירך ויקחנה זה, ע"כ".

על כן גם אליבא דשיטת הט"ז, הרי שהט"ז דקדק בלשונו וכתב - "השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו". אך אין מקום לתביעה ישירה בין השוכר למשכיר.

אמנם אילו היה ברור שקיים בסיס הלכתי לתביעה עתידית, בהתבסס על דינו של הט"ז, היה מקום לשקול להורות לפני משורת הדין, למנוע הטרחה הכרוכה ביציאת השוכר הנוכחי ולקיים את הדיון בינו לשוכר הבא עוד בטרם יטרח לצאת. אך אין הכרח שיהיה מקום לתביעה כזו על בסיס דינו של הט"ז, וכפי שיבואר להלן.

כאמור, דינו של הט"ז יעלה לדיון בין הנתבע לשוכר השני, אך לא כעת בהעדר שוכר חילופי בפנינו. בטרם החל הליך תביעה כזה, לא ניתן לדון ולפסוק בשאלה זו, אך מאחר שהזכרנו את דברי הט"ז כיסוד לכאורה, לטענה עתידית, נציין כמה נקודות ביחס לשיטת הט"ז.

מדברי הב"י נראה להיפך מהט"ז. הבית יוסף בסוף סי' קעה הביא מתשובת מהר"י בן שושאן שכתב בדין זכות בר מצרא בשוכר, ובתוך דבריו כתב - "אם השלים ראובן זמן שכירותו והוא חפץ בו, והמצרן חפץ בו. אם כבר הסכים בעל הבית לתת לו והמצרן בא להוציאו, היינו דין ראשון. אמנם כל זמן שעדיין לא הסכים בעל הבית להשכירו לו, ובאין שניהם כאחד. נראה שהכל תלוי בדעת בעל הבית, ולא נאמר כאן כמו במשכנתא דשכונה גביה, אלא יכול להוציאו כיון

ונוטלו דנקרא רשע כדאינתא בקידושין ר"פ האומר אכן מאחר שעל הרוב יש ריוח גדול בחכירות אורנדריש וטשפאוי כל זמן שאין יד המקלקלים שולטים להוסיף תמיד על הקצבה להוציא מיד החוכר הראשון א"כ כיון דאיכא ריוח גדול דלא נמצא במקום אחר חשיב כהפקר ומציאה דבזה אינו נקרא רשע וכדפסק ר"ת לשם כתוספתא ואשר"י ובח"מ סי' רל"ז וע"ש וכבר נמצא למהרש"ל בתשובה שתופס כך וכלל העולה דמדינא אין כאן תורת חזקה ולא דין רשע אלא שמצד תקנת המדינה נדון דין חזקה באורננדא אבל בטשפאוי אין בו תקנה וכן דנתי הרבה פעמים בצירוף המנהיגים היודעים התקנה על אמיתתה ... ובר מן דין לא דמיא לאורנדריש שהחוכר הראשון מוציא הוצאות בבניינים ובכמה דברים לצורך האורננדא ... ובצירוף שעל הרוב נשאר לחוכר הראשון חובות אצל גוים ומלצין ויין שרף והנלוה אל האורננדא דבלי ספק היה מגיע היזק גדול לחוכר הראשון אם היה נדחה ממנו, הלכך הכרח גדול הוא לתקן התקנה שלא יהיה נדחה הראשון ואין כל זה נופל בחכירות טשפאוי ולפיכך אין שם תקנה כלל, עכ"ל הב"ח.

דברי הב"ח הובאו בקצרה בתשובת הגרצ"ה אורנשטיין ז"ל נכדו של הישועות יעקב מח"ס ברכת רצה, שהובאה בספר ישועות יעקב חו"מ סי' קנו, ח"ל - "כבר נודע דהסכימו חכמי הדורות והתקינו שאסור לכל אדם להשיג גבול בחכירות הראנדעס, אחרי אשר הראשון כבר החזיק בה, ולקפח מחייתו של חברו, ואולם הב"ח ז"ל בתשובותיו סי' סא לענין חכירת הטשעפואו כתב והעלה דרך לגבי חכירת הראנדעס היתה התקנה, יען השוכר הראשון הוציא הוצאות ויש לו ג"כ חובות מכבר בעד יי"ש וכדומה ויגיע לו איפוא היזק כשידחה מהעסק, והכרח גדול היה בזה לתקן תקנות השגת גבול, אבל היכי שאין לראשון היזק הוצאות או חובות לא תקנו."

על כן בנידון שלפנינו, אמנם מצד הדין, נידון זה אינו בכלל גדר התקנה הנזכרת, אך עכ"פ ככל שהדבר נוגע לטעם התקנה ששקדו חכמי הדורות על זכויותיו של הראשון שלא יארע לו נזק עקב יציאתו מהמקום, גם במקרה דנן בית הדין הורה לבחון באמצעות שמאי את כל ההשקעות שהיו לראשון על מנת לפצותו בטרם יצא, על מנת שלא ינזק מכך.

גם במקרה הנוכחי יש למשכיר תנאים ברורים להשכרת הנכס לנתבע, וגם הציבור הבא מכוחם של התובעים משתמשים בנכס המשמש כצרכניה לצורך עריכת הקניות, ואינו כמשכיר בעלמא שאין לו דריסת רגל בנכס המושכר. ועל כן בנקודות אלו דומה נידון דנן לנידון בתשובת תשורת שי בה נשללה טענת השוכר הראשון שהפעיל את המרחץ למנוע מהציבור לאפשר השכרת הנכס לאדם אחר.

מסקנת הדברים - אין מקום למנוע מבעלי הנכס להביא לסיום השכרת הנכס לנתבע, ובתביעה נוכחית אין מקום לעכב את ההליך מכח טענת בר מצרא.

אמנם בדין ודברים שיהיו בעתיד בין הנתבע לגורם שיפעיל את המקום בעתיד, יהיה מקום לדון האם יש בהוצאת הנתבע מהמקום והפעלת החנות על ידי אדם אחר, משום יורד לאומנות חברו. עיין פת"ש חו"מ סי' קנו סק"ג במה שהאריכו הפוסקים בשכירות הארינד"א (חכירת זכות מהמושל למזיגת יין ומכירת שיכר וכיוצ"ב) שדנו אם בא אחר בגבולו ומבקש לקבל זכות זו מהמושל במקום הראשון. ויש כמה חילוקים בין הנושאים. באותו נידון רק אדם אחד היה רשאי לקבל חכירה זו באותו מקום, והשני דוחה אותו לגמרי מיכולתו להתפרנס. משא"כ כאן שהנתבע יוכל לפתוח חנות דומה בכל מקום שיראה לנכון ובכל מבנה שיוכל לרכוש או לשכור, בכפוף לכך שיעמוד בתנאים לקבלת רישיון עסק, ואינו דומה לנידון שבתשובת חת"ס חו"מ סי' סא שהובא בפת"ש, עיי"ש.

בנוסף נציין למש"כ המשאת בנימין סי' כז בדעת מהרש"ל שאין מניעה לשכור את זכות הארינד"א לאחר שכלה זמן חכירותו של הראשון.

ונציין למש"כ בשו"ת ב"ח סי' סא. הב"ח נשאל האם בחכירת הטשפאוי אם יש בו דין חזקה מצד הדין או מצד התקנה כאשר הוא בכלל האורנדריש שדנין בהם דין חזקה. ובתשובתו כתב - "מדינא אין תורת חזקה לא באורנדריש ולא בטשפאוי כי המלך והבאים מכחו מחכירין לכל מי שימצא לו מעות וכל הקודם זכה זריז ונשכר וכן באורנדריש שמחכירין השרים והבאים מכחן וברשותן ואין לדון בזה דין חזקה אלא נוגע קצת בדין עני המהפך בחררה ובא אחר

סימן לה

פסק דין בתביעה הודית של שותפים

ט אדר תשנ"ט

לבית הדין הוגש מסמך "זכרון דברים" שנערך בין שלושת השותפים על מנת להסדיר בין השותפים את כללי השותפים. השותפות נקבעה כשותפות שוה בין שלושתם, שוה בחלוקת הרווחים או ההפסדים, ונקבעה חלוקת העבודה בין שלושת השותפים כדלהלן - א. קבל על עצמו לבצע את הזמנת הסחורה מהספקים ולהיות עמם בקשר בנושא תנאי התשלום וכיוצ"ב, ב. קבל על עצמו להיות

הרקע העובדתי בקצרה

בביה"ד מתקיים דין תורה בין שלשה שותפים, ולהלן פרטי המקרה בקצרה.

שלושת השותפים הם א. ב. ג. וכן קיימת בפנינו תביעת ד. שהינו שותף בבעלות המבנה שנשכר על ידי השותפים, ותובע תביעה לתשלום דמי שכירות.

ג. הופיע בבית הדין וטען כי בעקבות פרישת א. נאלץ לפרוש ולעזוב את העסק, וכי ערך הסכם עם ב. על עזיבת העסק ללא כל התחייבויות.
ד. הופיע בבית הדין והציג את חלקו בבעלות על המבנה בו התנהל העסק ותבע מ-א. תשלום שכר דירה כמוסכם ביניהם.

פסק הדין ונימוקיו

פסק הדין במקרה שלפנינו תלוי בשאלה כיצד להתייחס לצעד החד-צדדי שנעשה על ידי א., צעד שנעשה ללא הסכמת שאר השותפים והביא לקריסת העסק.

יש לציין שבמקרה זה, היה ברור מלכתחילה שאין כאן שלשה שותפים שווים, שאם אחד פורש יוכלו האחרים להמשיך בניהול העסק. השותפות הושתתה מלכתחילה על הניסיון והכישורים של א. והאחרים אמנם מילאו את תפקידם כמוסכם מראש, אך היה ברור שאין להם יכולת להמשיך לנהל את העסק בלא א., מה עוד שמלכתחילה א. שהתקשר עם הספקים, השקיע את רוב ההשקעות וההוצאות שהזקקו להוציא בפתיחת העסק, ושאר השותפים רק מלאו את חלקם בעבודה אך לא בהשתתפות שווה בהוצאות. ועל כן בהחלטתו של א. לפרוש, הוא למעשה קבע חד צדדית שפירוק העסק הוא עובדה מוגמרת.

אמנם היה ניתן לקבוע בחוזה שא. הינו המנהל הבלעדי של העסק ובידו לקבוע את מועד פירוקו, לפי שיקול דעתו, אך בהסכם שנערך והוסכם מראש ביניהם (אף שלא נחתם) נכתב בפירוש להיפך - וכך נכתב בסעיף מס' 2. - "הצדדים הנ"ל מתחייבים להיות אחראים על העסק וזאת במידה שווה בין השלושה.

א. כל פירעון הקשור בעסק זה יחול על השלושה שווה בשווה.

ב. כל התחייבות שהעסק מחוייב ויחוייב ישאו הצדדים בהתחייבות זו.

ג. כל תשלום ו/או אגרה ו/או חוב כל שהוא יהיו השלושה ערבים וישאו בתוצאות שווה בשווה."

ועל כן בפנינו עסק שהיה צריך להתנהל בתיאום ובשיתוף מלא בין השותפים. ברור שלא היה מקום לצעד זה של א. לפרק מיידית את העסק שלשה שבועות לאחר שנפתח לקהל. בודאי לא היה לו מקום בעיתוי ובדרך שנעשה. מאחר והצרכניה החלה לפעול לקראת חג הפסח, ונרכש מלאי מסויים של מוצרים. גם אילו היינו קובעים שמבחינה עקרונית שותף זכאי לפרוש מהשותפות, (ונברר את הנושא מבחינה הלכתית להלן) עכ"פ היה מוטל על א. לבצע את הפירוק בהדרגה, כך שהעסק ימשיך לעבוד ובהדרגה להיפטר מהמלאי הנותר בחנות, ולמכרו בדרך שלא יגרמו נזקים, כפי שלמעשה נגרמו. ובמידה ואין הסכמה לכך ואין שיתוף פעולה, היה מקום לתבוע הדבר במסגרת

אחראי לניהול החנות, ג. קבל על עצמו לטפל בענף הפירות והירקות בחנות לרבות הבאת הסחורה.

בהסכם שנערך בטרם הופעלה החנות נכתב - (להלן מקצת מסעיפי ההסכם) -

2. הצדדים הנ"ל מתחייבים להיות אחראים על העסק וזאת במידה שווה בין השלושה.

א. כל פרעון הקשור בעסק זה יחול על השלושה שווה בשווה.

ב. כל התחייבות שהעסק מחוייב ויחוייב ישאו הצדדים בהתחייבות זו.

ג. כל תשלום ו/או אגרה ו/או חוב כל שהוא יהיו השלושה ערבים וישאו בתוצאות שווה בשווה.

6. שכרו של כל אחד מהשותפים בעסק יהיה 20% מעל שכר המינימום.

7. לאור האמור בסעיף 6 לעיל, מוסכם בזאת כי התשלום יהיה לאחר ניכוי כל ההוצאות וההתחייבויות הקשורים בעסק.

10. כל ההשקעות השייכות לעסק זה יהיו שייכים למשקיעים בלבד, דהיינו המבנה יהיה שייך ויהיה שייך לבעל המבנה, הציוד שמושקע בעסק יהיה שייך למשקיעו וכו', ומוהר בזאת כי לא יהיה כל חלק בכך לצד השני.

11. מוצהר בזאת כי באם אחד משלושת השותפים מחליט לפרוש מעסק זה יוכל לקבל את כל השקעותיו מהצדדים הנותרים.

הסכם זה לא נחתם אך בדיון שהתקיים בביה"ד כל הצדדים הודיעו שהוסכם ביניהם שהשותפות תפעל בהתאם לתנאי ההסכם. הנקודה בה היו חילוקי טענות היא האם נקבע מראש פרק זמן קצוב מינימאלי להפשלא נקבע כל פרק זמן, וב. טען שנקבע פרק זמן של שלש שנים.

למעשה העסק פעל כשלושה שבועות, ולאחר שלשה שבועות ממועד הפעלתו, הודיע א. לשני השותפים הנותרים כי החליט לצאת מהשותפות. בדיון שהתקיים בבית הדין הבהיר א. את צעדו זה בכך שהתעוררו חילוקי דעות בינו לבין ב. וכי סגנון עבודתו והתנהגותו של ב. בניהול החנות לא נראתה לו, ולטענתו אף היה חשוף לאיומים.

א. הציג לבית הדין פירוט הוצאותיו במסגרת עבודתו כשותף בחנות. בסיכומו של דבר א. רכש עבור העסק, סחורה בסך 326,374.45 ש"ח וקבל החזרים מהקופה בסך 103,537.45 ש"ח והחזרים נוספים בסך 67,042.33 ש"ח, ועל כן לטענתו העסק נותר חייב לו 155,794.98 ש"ח. ותביעתו היא לקבלת סכום זה בצרוף הצמדה וריבית, והוצאות המשפט.

לטענת א. גם לאחר שהוא פרש, ב. המשיך לנהל את העסק ומכר את הסחורה שנותרה בחנות ונטל לעצמו את הכסף שהתקבל ממכירת הסחורה.

לעומתו תובע ב. את א. על הנזק שגרם בעצם פרישתו, ועל כך שגם בכך לסגירת העסק עם על המשמעות הכרוכה בכך עברו ועבור בני משפחתו. לדבריו לאחר פרישת א. נאלץ למכור את הסחורה שנותרה, במחירי הפסד.

שאר השותפים. היה מוטל על א. לבדוק את טיבם של השותפים בטרם יכנס עמם לעסק משותף.

במסגרת החוזה שנערך, בטרם הופעל העסק, היה ניתן להתנות ולקבוע את דרך פירוק השותפות, ולקבוע מהן העילות הראויות לפירוק, ומשלא אוזכר העניין, גם אם העובדות הן בדיוק כפי שתוארו ע"י א. במהלך הדיונים, אין לו להלין אלא על עצמו, שניהל את עסקיו ברשלנות. (רשלנות שבאה לידי ביטוי נוסף באי חתימת הצדדים על החוזה שנערך, דבר שהוא אלמנטרי אפילו בהתקשרויות בעלות היקף קטן מהתקשרות זו).

נימוקים הלכתיים

בשו"ע חושן משפט (סי' קעו סעיפים טו-טז) פסק -

"השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד מהם מעכב על חבירו, ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות, ואין אחד מהם יכול ליטול מהקרן ולא מהשכר, עד סוף הזמן.

נשתתפו סתם, ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהם, ויטול כל אחד חלקו מהסחורה. ואם לא היה באותה סחורה דין חלוקה, או שהיה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרים אותה וחולקים הדמים".

בנידון דידן גם אם נקבל את טענת א. שלא נקבע מראש פרק זמן מוסכם לשותפות זו, עכ"פ בודאי שמלכתחילה כשקנו את הסחורה שהיתה בחנות, היתה כוונה לשותפות לפרק זמן מינימאלי, ולפחות עד לסיום מכירת הסחורה שקנו מתחילה.

ובשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קמ כתב - "מדאמרינן בהמקבל, הנהו בי תרי דעבוד עסקא אמר ליה חד לחבריה תא ונפלוג ... התם מיירי בשלקחו שניהם עסקא מבעל הבית לזמן ידוע. וכתב הרי"ף ז"ל והיכא דידיע מילתא לפום מנהגא ... אלמא אף בסתם, כגון שהדבר ידוע לעולם שכך רגילים לעשות הוה ליה כמפרש זמן. והוא הדין כאן דמסתמא אין להם לחלוק עד שיביאו הסחורות לרודיס מקום שלשתם, דומיא דסוף כל הגט דתנן בשלשה פרקים בודקים את היין למאי נפקא מינה לשותף, ופי' ר"ח ור"ת בשני שותפים שנשתתפו סתם אינם יכולים לחלוק עד הזמן הזה שהוא זמן המכר, וכן כתבה הרמב"ם ז"ל בפרק שני מהלכות שותפים דהיכא דקבעו זמן אינן יכולים לחלוק עד סוף הזמן. אף כאן סתמא כפירושן. דמסתמא אין השותף מוסר את שלו ביד חבירו שיוליכיהו למרחקים, אם לא על דעת שיחזור הכל בשותפות, שישגיחו שותפים עליו כמו שהם משגיחין על שלהן, אבל לא שיחלוקו שם ויניחו חלקן".

מבואר בדברי מהרי"ט, ומוכח מהראיה שהביא מהגמרא בגיטין סוף פרק כל הגט, שגם אם השותפים לא סיכמו מראש בפירוש מהו הזמן הקצוב לשותפות זו, מ"מ אם מוכח מתוך העניין או מתוך המנהג שהתכוונו לזמן מוגדר מראש, אמרינן דסתמו כפירוש.

תביעה בדין תורה, אך עד להכרעה בדיון, היה עליו להמשיך להשתתף בניהול העסק כפי שנקבע מראש.

אמנם סעיף 11 בהסכם קבע - "מוצהר בזאת כי באם אחד משלושת השותפים מחליט לפרוש מעסק זה יוכל לקבל את כל השקעותיו מהצדדים הנותרים".

ולכאורה לפי סעיף זה היה רשאי א. כאחד מהשותפים לפרוש ולקבל את השקעותיו בעסק. אך נראה דהיינו דוקא במקרה בו פרישתו אינה מבטלת את קיומו של העסק, ויתכן ולאחר תקופה ממושכת שהעסק היה מתפקד, פרישת א. לא היתה מבטלת את כל העסק. אך בנסיבות המקרה, ובעייתי המוקדם שלו, פרישת א. אינה "פרישה" אלא "פירוק מידי" של העסק, ועל כן לא היה מקום לצעד כזה בהסתמך על סעיף 11 בהסכם.

בעדותו אמר הרב ה. (לאחר שהצדדים קבלוהו כשני עדים) - "ודאי שהיה מדובר על כך שהשותפות תהיה על תקופה, לא ידוע לי מה משך הזמן, לא ידוע לי שסוכם מראש בהסכם על פרק זמן קצוב מראש". גם בהמשך עדותו העיד הרב ה. דובר על זמן אך לא ברור לי לאיזה תקופה. יעקב השכיר את המבנה שנה אחת חינם ... זה זכור לי, היה מובן שהשותפות לתקופה".

ועל כן דינה של שותפות זו כשותפות לזמן מוגבל, ובא אחד מהשותפים פרקה בטרם הגיע זמן הפירוק, ולהלן נבאר בהרחבה שבמקרה כזה, אותו שותף אינו זכאי לעשות מעשה חד צדדי של פירוק השותפות.

א. טען שבמו"מ שהתנהל לאחר שהחליט לפרוש הוא הציע לב. שיבחר בין אחת שלשת האופציות - 1. שב. יתן לא. את הסחורה כפירעון לחובות של העסק. 2. שב. יקבל את כל הכסף שהצטבר מההכנסות ויקח על עצמו לפרוע את כל החובות כלפי הספקים וכו'. 3. א. ימשיך להפעיל את העסק לאחר שב. יצא מהעסק.

אך כל שלושת הצעות אלו הן הצעות הבאות לאחר שכלה ונחרצה עמו שהשותפות פורקה. ועל כן מאחר ואנו קובעים בפסק דין זה שלא היה מקום לפרוק השותפות בנסיבות כפי שנוצרו, היה רשאי ב. להמנע מלקבל אחת מהצעות אלו, וטענתו להמשיך בשותפות היא טענה המתקבלת.

במידה והתגלו חילוקי דעות היה עליהם למנות בורר מוסכם או להגיע לדין תורה מידי. כפי הנראה הרב ה., לא מילא תפקיד כזה. מעדותו עולה כי ניסה להביאם להסכמה, אך לא ראה עצמו מוסמך להכריע הכרעה שאינה מוסכמת על שני הצדדים.

מטענות הצדדים בי"ד התרשם שהמצב בצרכניה לא היה מצב בלתי נסבל ולא חרג מויכוחים המקובלים במקומות כאלו. וגם אם התעורר חשד שנעלם סכום של - 500 ש"ח מהקופה, לא ניתן להסיק מסקנות מכח חשד שלא התברר.

הטענה שלאחר זמן קצר התברר לו שב. אינו שותף הגון אינה מתקבלת, ואינה מצדיקה פירוק מידי ללא הסכמת

הרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין פרק ד' הלכה ד' פסק - "השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב כל אחד ואחד מהן מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות ואין אחד מהן יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכר עד סוף הזמן".

הבית יוסף חו"מ סי' קעו, לאחר שהביא את שיטת הרמב"ם, כתב - "אבל התוספות (מסכת ב"מ דף קה. ד"ה הני) כתבו ... שהמקבל יכול לחזור קודם הזמן ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה דפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום (שם י). אבל בעל העיסקא יכול להיות שאין יכול לחזור שהרי פלגא הוא מלוה ביד המקבל וגם פלגא דפקדון נתן לו זכות והשליטו להשתכר בו עד הזמן וזה לא היה שום חידוש להשמיענו דמעכב המקבל. וכן פסק הרא"ש (סי' ט) דיחיד שקיבל עיסקא מבעל הבית לזמן קצוב המקבל יכול לחזור בו כדין פועל שיכול לחזור בו אפילו בחצי היום, אבל הנותן אין יכול לחזור ... ולפי זה שותפין נמי, אף על פי שקבעו זמן יכול כל אחד מהם לחזור בו קודם הזמן. וכן דעת בעל נמוקי יוסף (סג. ד"ה ואמר) שכתב על ההיא מימרא דרבא - אמר המחבר מהכא דמוקמינן בשותפין שקיבלו עיסקא מבעל הבית משמע דהני בי תרי דעבדי שותפותא, אף על גב דקבעי זמן לא מעכבי אהדדי למיפלג, ונראה לי טעמא משום דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו, ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי טפי דמכחו לא משתעבדי. ותמיהני מרבינו שכתב דברי הרמב"ם סתם ולא כתב שהרא"ש חלוק עליו".

וכתב הטור בסי' קעו - "וכתב ה"ר ישעיה דוקא שהשלימו שותפותן אבל אם שמו מעות בשותפות להתעסק בהם לזמן אין אחד מהם יכול לחלוק וליטול זוזיו ולומר כל מה שאשתכר בהם יהיה שלי עד שיודיע לחבירו או לשלשה שהן ב"ד ע"כ. ומשמע מדבריו שכל אחד יכול לכופ חבירו לחלוק אפילו בתוך זמן השותפות, ואין זה כדברי הרמב"ם ז"ל שכתב שכל אחד יכול לעכב מלחלוק בתוך הזמן, וכ"כ הראב"ד שאין אחד מהם יכול לעכב מלחלוק תוך הזמן".

וכתב על זה הב"י - "ומ"ש ואין זה כדברי הרמב"ם. בפרק ד' מהלכות שותפין (ה"ד). כבר כתבתי לעיל בסימן זה, שנראה בעיני שהתוספות והרא"ש חולקים על הרמב"ם וסוברים דיכול השותף לחלוק קודם שיגיע הזמן שקבעו, וכן דעת בעל נמוקי יוסף בהמקבל. אבל המרדכי במי שהיה נשוי (כתובות סי' רלח) כתב כללו של דבר אין השותף יכול לסלק שותף חבירו קודם הזמן כל זמן שלא שינה התנאי שביניהם. וזה כדעת הרמב"ם היכא דלא שינה התנאי, ובהיכא דשינה התנאי צריך עיון אם סובר הרמב"ם שיסלקנו, ויותר נראה לי שלא יסלקנו ויפרע ההפסד שנמשך מביטול התנאי".

אמנם השו"ע פסק כרמב"ם ולא חש לשיטת התוס' והרא"ש, וזאת עפ"י מש"כ הב"י בבדק הבית שם בסי' קעו, וכמו שיתבאר -

ולכן ה"ה בנידון דידן, גם אם לא סוכם מראש על זמן מסוים לשותפות זו, מ"מ ודאי סתמו כפירושו, ולא עלה על דעת אחד מהם לעשות ממאמץ רב והשקעה רבה לפתיחת החנות ולקנות סחורה בכמות גדולה, ולהיפרד לאחר שלושה שבועות מתחילת מועד פתיחת החנות. לכל הפחות יש לקבוע כי פרק הזמן הנחוץ למכירת הסחורה שבחנות הוא פרק זמן המוסכם מראש לשותפות זו. וכך עולה מעדותו של הרב ה. בביה"ד שפרק זמן מינימאלי בודאי נקבע מראש.

וכתב בספר כסף הקדשים סי' קעו סעיף יז - "שותפים בחנות בסחורה שהדרך למכרה רק בחנות מעט מעט, לשיהיה שם הרבה סחורות שונות על ידי זה לא שייך בכך חלוקה, גם ביש הרבה מהם שוים זה לזה כמה חתיכות, ולא שייך למכרה תיכף בגוד או איגוד או במקח תוספות זה על זה. והו"ל כזמן ידוע למכירת הסחורה ההיא שאין יכולים לחלוק קודם זמן ההוא. וגם שאין זמן מסוים להמכירה, מכל מקום כיון דצ"ל הרחבת זמן למכור מעט מעט בחנות, הו"ל כזמן מסוים להמתין".

והנה לפי פסק השו"ע שבתוך זמן השותפות אין אחד השותפים יכול לפרק את השותפות בלא הסכמת שאר השותפים, עלינו לפסוק במקרה שלפנינו, שאין להתחשב בהודעת א. על הפסקת השותפותו בעסק המשותף, אך כל הפעילות שפעל ב. בעסק, נידונת כפעילות במסגרת שותפות זו, ואם התקבלו רווחים הרי הם רווח של כלל השותפים ולחילופין במקרה של הפסד, ההפסד נופל על כולם יחד.

ולכן אין מקום לתביעת א. לקבל החזר הוצאותיו על פי הפירוט שהגיש לבית הדין. אלא שבמידה ויתברר שממכירת הסחורה התקבלה תמורה מספיקה לתשלום החזר ההוצאות א. יוכל לקבל את החזר בהתאם. אלא שב. יהא זכאי לקבל תשלום שכר על עבודתו ובהתאם למה שנקבע בהסכם השותפות, דהיינו שכר מינימום ועוד 20%. אך מאחר וברור שלא היו הכנסות, וטענתו של ב. על כך שהסחורה נמכרה במחירי חיסול לא הוכחה, נותר לנו לקבל טענתו זו של ב. אילו העסק היה במצב תקין, היה מקום לתבוע מכירת הסחורה במחיר סביר, אך מאחר והעסק היה בהליכי חיסול עקב פרישה שא. פרש בתוך הזמן ובניגוד למתוכנן, ועל ידי כך חיסל את העסק בעל כרחם של שאר השותפים, על כן אין מקום לטענתו שהסחורה היתה צריכה להימכר במחיר המקובל. ומאחר וב. נשאר לעבוד בעסק, מסתבר שהיה לו אינטרס למכור את הסחורה במחיר המכסימאלי שניתן לקבל בנסיבות שנוצרו.

טענת א. שהציע למכור את הסחורה בחנות אחרת, אינה מתקבלת מאחר ונקבע פרק זמן לשותפות זו, ותביעתו לפירוק השותפות לאחר שלושה שבועות אינה טענה המתקבלת, וכמו שפסק בשו"ע שהבאנו, על כן מן הדין היה ב. רשאי לתבוע המשך הפעלת העסק, למרות שהעסק נקלע לקשיים.

אמנם בעיקר הדין, שכתבנו בשם השו"ע שהשותף אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן, יש מקום להרחיב בנקודה זו.

וכתב בשו"ת מהרש"ך ח"א סי' לב, וז"ל - "לפי שיטת רש"י ז"ל שם, משמע דשותפין שנשתתפו לא מיבעיא בסתם, אלא אפילו בקביעות זמן, יכול כל אחד מהם לחזור בו, מטעמא דק"ל בעלמא פועל יכול לחזור בו, משום הכי פרש ההיא שמעתא דמיירי בשני קבלנים שקבלו עסקא מבעל הבית בשותפות".

ויש לציין מש"כ בשו"ת מהריט"ץ החדשות סי' קד בביאור מחלוקת רש"י והרמב"ם, וז"ל - "ועוד אני אומר, דהרמב"ם ז"ל אינו מפרש כפירוש רש"י בההיא דרבא דהנהו בי תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי, שפרש"י שקבלו מבעה"ב ממון בתורת עסקא. אלא הרמב"ם מפרש שעשו שנתעסק זה עם זה בממונם, שכל אחד הוציא ממון משלו ונשתתפו, ובהכי מיירי כל החלוקות ההם. דייקא נמי דקאמר דעבוד עסקא ולא קאמר דקבילו עסקא, כמו שתפסו התוס' בגמ' לשון זה דקבילו עיסקא. אמנם בדפוס שלנו לא נמצא אלא דעבוד עיסקא. ומפרש הרמב"ם שעשו שותפות בממונם. ראייה לדברינו, דהא מייתו בגמ' רב ספרא ואיסור עבוד עיסקא בהדי הדדי וכו', והתם מיירי בממון עצמן, כמו שהכריח הרי"ף מלשון הגמ' עיין עליו, והוא פשוט. וא"כ כי היכי דהתם אמר עבוד עיסקא ומיירי שנשתתפו בממונם יחד, הכי נמי מפרש הרמב"ם דברי רבא".

אך החיד"א בתשובה (בשו"ת חיים שאל ח"ב סי' יג) כתב בתוך דבריו - "יש לדקדק על מהרש"ך ז"ל שכתב בפשיטות דרש"י ס"ל דשותפין שנשתתפו אפילו לזמן לא מעכבי אהדדי, ואלו המרדכי פרק איזהו נשך סי' שכ"ו והגהמי"י פ"ד מהלכות שותפין הביאו תשובת רש"י ז"ל שכתב וז"ל אם אדם חולק שלא לדעת חבירו לא הויא חלוקה וכו', ואעפ"י שחבירו מודה לו שחלק יפה אפ"ה כיון דלא ניחא ליה דתיהוי חלוקה לא הוי חלוקה וכו' ע"ש. ולפום ריהטא נראין הדברים הללו שס"ל לרש"י ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דשותפין לזמן מצו לעכב אהדדי".

והנמוקי יוסף בב"מ (שם, והובא בב"י) כתב - "אמר המחבר מהכא דמוקמינן בשותפין שקיבלו עיסקא מבעל הבית משמע דהני בי תרי דעבדי שותפותא, אף על גב דקבעי זמן לא מעכבי אהדדי למיפלא, ונראה לי טעמא משום דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו, ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי טפי דמכחו לא משתעבדי".

ובתחילת סי' קעו כתב הב"י - "כתב הריב"ש בסימן תע"ו, שהרמב"ן והרשב"א כתבו בפרק קמא דבתרא (ט). דשני שותפין שנשתתפו באומנותם לזמן ידוע שכל מה שירויחו יהיה לאמצע, נעשו שכירים זה לזה כדאמרינן בפועל ששכרו ללקט מציאות, ואין צריכין קנין אלא שיתחילו במלאכה. לפי שכל אחד מתחייב לחבירו בשכר מה שחבירו עושה בעדו, והלוכן ודבורן היינו שרן, וכל מה שירויחו תוך הזמן ההוא הוא לאמצע. אלא שתוך הזמן יכולים לחזור בהם להבא, כדין פועל שיכול לחזור בו אפילו בחצי היום, אבל במה שהרויחו כבר אין אחד מהם יכול

הטור כתב - "וכן כתב א"א הרא"ש ז"ל המקבל עסקא מחבירו לזמן קצוב, המקבל יכול לחזור בו כדין פועל שחוזר אפילו בחצי היום, אבל הנותן אינו יכול לחזור בו".

וכתב הב"י - "תמיהני מרבינו שכתב סתם, וכן כתב הרא"ש, דמשמע דאין שום חילוק בין הרמב"ם לרא"ש ולגבי מקבל מחולקין הם, כמו שכתב רבינו לעיל (סכ"ג) בשם הרמב"ם, שותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות עד זמן קצוב, כל אחד מהם מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן ההוא".

אך הב"י ישב קושיא זו בהגהתו בבדק הבית, וז"ל שם - "ואפשר לומר דלהרמב"ם דבכי האי גוונא נותן הוא דאינו יכול לחזור בו אבל מקבל יכול לחזור בו, והכי דייק לישניה, והיינו כהרא"ש. ומה שכתב הרמב"ם דשותפים שקבעו זמן קבוע כל אחד מהם יכול לעכב התם שאני דשותפים הם".

ולפי זה פסק השו"ע בסעיף טו כרמב"ם דאחד מהשותפים אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן, ובסעיף כג פסק השו"ע - "המקבל עסק מחבירו לזמן קצוב, המקבל יכול לחזור בו כדין פועל שחוזר בו אפילו בחצי היום, אבל הנותן אינו יכול לחזור בו. והוסיף הרמ"א - "מה שאין כן בשותפין שקבעו זמן, וכמו שנתבאר לעיל סעיף ט"ו".

ועיין בסמ"ע ס"ק מד וס"ק נח שבאר דינו של השו"ע דהא דפועל יכול לחזור בו בחצי היום היינו משום דכתיב "כי לי בני ישראל עבדים" ואם לא יוכל לחזור בו באמצע היום, הרי הוא כעבד כלפי בעל הבית. אך היינו דוקא במקבל מעות להתעסק בהם דאם לא יוכל לחזור הרי הוא כעבד כלפי הנותן את המעות. משא"כ בשותפים ששניהם שוים זה כנגד זה ואין על אחד שם עבד ולשני שם אדון, ככה"ג אינו יכול לחזור בו.

העולה מדברינו

מצינו בראשונים שנחלקו בשאלה האם אחד מהשותפים יכול לחזור בו בתוך הזמן שנקבע לשותפות, ושורש מחלוקתם היא האם גם ביחס לשותפים נאמר דדינם כפועל היכול לחזור בו בחצי היום, ומטעם "כי לי בני ישראל עבדים" וכו'. השו"ע פסק שאינו יכול לחזור בו. ומבואר בב"י שגם אם השותף האחד לא עמד בתנאים שסוכמו מראש, אין זו עילה לביטול השותפות אלא לתביעת ממון להחזור תשלום עקב הפסד, וכדומה.

אך מצינו בכמה מהראשונים שכתבו להדיא דלא כסברא זו. הב"י כתב על דברי הרמב"ם שהוציא דין זה דשותף אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן מהסוגיא בב"מ דף קה. - "הני בי תרי דעבדי עיסקא בהדי הדדי ורווח ואמר ליה חד לחבריה תא ניפלוג, אי אמר ליה אידך נרווח טפי דינא הוא דמעכב". והנה רש"י פרש שם הסוגיא וכתב - "שני קבלנים שקבלו עיסקא מבעל הבית בשותפות שימכרוהו ויסחרו במעות עד זמן פלוני ... דמעכב לי עד שיגיע הזמן שקבעו לבעל הבית שיחזרו לו את שלו והמותר יחלוקו".

שזה לחבירו, אלא בכל גווי אמרינן דדינו של כל אחד מהם הוא כפועל שיכול לחזור בו אפילו בחצי היום דהיינו בתוך זמנו. ולשיטה זו אף שקבעו מראש זמן קצוב לשותפות זו, כל אחד מהשותפים יכול לחזור בו. אמנם בחי' הרמב"ן ובחי' הרשב"א וכן בחי' הריטב"א והר"ן לא הזכירו להדיא דאיירי אף בכה"ג שקבעו בפירוש זמן קצוב לשותפות זו, עכ"פ מהא דתלו הדין בהא דפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, מוכח להדיא דאין נ"מ לענין זה במה שקבעו מראש זמן קצוב לשותפות זו, וכמו שכתב הריב"ש להדיא בדעת הרמב"ן והרשב"א, וכמ"ש הנמוקי יוסף. ולדעת מהרש"ך ומהריט"ץ כך היא שיטת רש"י בסוגיא, וכן יש לצרף לשיטה זו את דעת רבינו ישעיה שהובא בטור.

והנה בהכרעת הדין בשאלה זו אם שותף יכול לחזור בו בתוך הזמן, בשו"ת מהרש"ך ח"א סי' ע' פסק, וז"ל - "איברא דלענין פסקא דמלתא לא נפקא לן מינה מידי, דמכל מקום הך מלתא הוי פלוגתא דרבוותא כמו שכתבתי, ואם כן בנדון דידן כיון ששמעון הוא המוחזק בנכסים והם תחת ידו ורשותו, יכול לעכב על ראובן מלחלוק השותפות, ויאמר קים לי כהנך רבוותא דסבירא להו שאני יכול לעכב".

וכן בשו"ת לחם רב סי' ק' כתב - "ובין כך ובין כך לא נפיק מידי ספיקא ופלוגתא דרבוותא, וא"כ יכול המוחזק לומר קים לי, וכיון שכן אם מעות השותפות ביד שמעון ולא ירצה לחלוק יוכל לומר קים לי כהני דמרי דאינו יכול לחלוק".

אמנם דינם של מהרש"ך והלחם רב דיכול לומר קים לי דשותף אינו יכול לחזור בו הוא פשוט לאחר שכך פסק בשו"ע, וכמו שהבאנו לעיל, ונראה מדבריהם דה"ה להיפך וגם השותף המבקש לחלוק בתוך הזמן יוכל לומר קים לי, וכן כתב בנתיבות המשפט סי' קעו סק"ה שאם השותף שרוצה לחזור באמצע הזמן מוחזק, יוכל לומר קים לי כרמב"ן והרשב"א שלענין להבא יכול לחזור בו.

אך בספר ערך שי חו"מ סי' קעו סעיף טו כתב בזה - "בז"א הביא מתשובות דיכול לומר קים לי. וצ"ע לפמ"ש תומים ונתיבות המשפט בקונטרס התפיסה דדבר שסתמו המחבר ורמ"א אינו יכול לומר קים לי".

ובשו"ת דברי חיים ח"א חלק חו"מ סי' כו כתב - "בודאי דלא יוכל לחזור לפי מאי דקיי"ל דשותפין אינם יכולים לחזור בתוך הזמן, ולא דמי לפועל, דכל אחד נשתעבד לחבירו, והוא הלכה פסוקה לדינא, ובשו"ע לא נמצא על זה חולק, בודאי לא יוכלו לחזור אפילו להבא. ולפע"ד בזה אפילו הרשב"א ז"ל שס"ל דהשותפים יכולים לחזור בלהבא, בכה"ג לא שייך חזרה, דמי למשך כלי אומנות. והרבה יש לפלפל בזה. אך בלא"ה דעת הרשב"א יחידאה ולא קיי"ל כוותיה בשותפים, וכן נהוג עלמא וכל בתי דינין בישראל שלא לחזור אפילו בלהבא".

ומאחר והשו"ע פסק שלא יוכל לחזור בתוך הזמן, וכן נהוג עלמא ובכל בתי דינין בישראל, וכמו שהעיד הדברי חיים, על כן גם במקרה שלפנינו, אנו קובעים כי פרק הזמן

לומר לעצמי הרוחתי, שאם כן פועל ששכרו ללקט מציאות יאמר כן. וגם בתשובה כתב הרשב"א כן עכ"ל.

וז"ל הרמב"ן בחידושו על מסכת בבא בתרא דף ט. - "אבל שותפים שאמרו כל מקח שיבוא לידנו יהא הריוח בינינו במאי קנו, שאילו במתנין באומנותן לאמצע י"ל נעשו שכירין זה לזה כדאמרי' (ב"מ י"ב ב') בפועל ששכרו ללקט מציאות, והוא שנתקבלו שכר זה מזה או התחילו במלאכה. ויכולים לחזור בהן".

וכן כתב בלשון זו הרשב"א בחידושו שם. וכן בתשובה שבשו"ת הרשב"א ח"ב סי' פז כתב - "שאלת מי שבא להשתתף עם חברו בכל מה שירויחו בענין סרסוריה, או במלאכות אחרות כחטיה ורצענין וכיוצא בהן, היאך יעשו אם יכולין הם להשתתף בענינין אלו ... ואם לאחר שישתתפו חזר בו אחד מהם, אם הרשות בידו, אם לאו.

תשובה. כל מי שבא להשתתף עם חברו בכלל ענינים אלו, רשאיין הן, וקיים. וזה מדין שכירות. לפי שכל אחד ואחד מהם נעשה שכיר אצל חברו. ויכול אדם להשתכר אצל חברו ללקט לו מציאות ... ואלו המשתתפין הרי הם משכירין עצמם זה לזה, להשתדל ולהרויח ולעשות מלאכות אלו לצורכו ולצורך חברו, וקיים. ומ"מ, רשאיין הן לחזור בהן כל זמן שירצה אפילו האחד. וכן פועל. כדאמר פועל חוזר אפילו בחצי היום. דכתיב כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים. ולא עוד אלא אפילו עבד עברי שגופו קנוי, מגרע פדיונו ויוצא. ומיהו, דוקא כשחזר בו קודם שהרויח. אבל לאחר שהרויח, אינו יכול לחזור לכל מה שכבר הרויח. לפי שבשעה שנעשה אותו הרויח עדיין שכיר הוה. וזכה חברו בחלקו... וכגון זה, שותף חולק שלא מדעת חברו... ואם רצו שלא לחזור בו אחד מהם, אין להם תקנה אלא בחיוב ובקנין גמור. כגון שיכתבו שכל החוזר בו יתחייב לחברו בכך וכך".

ובחידושי הריטב"א עמ"ס ב"ב דף ט. כתב - "ושותפים שאמרו ... הסכימו רבותי משמו של הראב"ד דכל זמן שלא חזרו בהם קנו, שנעשו שכירים זה לזה, ושכיר לא בעי קנין. ומיהו אין מסייעין על קיצתם, ויכולים לחזור בהם כפועל דיכול חוזר בו אפילו בחצי היום".

ובחידושי הר"ן עמ"ס ב"ב (שם) כתב - "ומיהו אפילו תרי או תלתא דאתנו שכל מה שישתכרו באומנותן יהא לאמצע, קנו, שנעשו שכירין זה לזה. וכן אם אמרו כל מקח שיבוא לידנו נהיה שותפין זו, קנו שכל אחד ואחד זוכה לעצמו ולחברו, והו"ל כמגביה מציאה לחברו עד שיחזור בהם, דודאי אם רצו לחזור רשאיין הן בכך, שהרי פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום".

העולה מדברינו - מצינו מפורש ברמב"ן וברשב"א ובריטב"א ובר"ן ובנמוקי יוסף ובריב"ש שהדין הנאמר בפועל שיכול לחזור בו באמצע היום נאמר גם ביחס לשותף, ולא סבירא להו לחלק בין פועל שהוא כעבד ביחס לבעל הבית לבין שותפים שהשתעבדו זה לזה וכל אחד משועבד שעבוד

לקבל את התמורה הנדרשת לכיסוי החובות לספקים, ולמנוע מצב בו הסחורה נמכרת ללא ביקורת וללא כל רוח. על כן נראה שבנסיבות הנוכחיות, על ב. לנכות מהתמורה שהתקבלה אצלו ממכירת הסחורה שהיתה בחנות דהיינו מסך 18,000 ש"ח שתי משכורות חודשיות עבורו בסך משכורת מינימום (המתאימה לאותם ימים) בצירוף 20%, וכן להעביר לא. סך של משכורת אחת כנ"ל עבור הפועל של א. (דהיינו הסכום שסוכם עבור חודש עבודה) והיתרה תשולם לטובת פירעון לספקים. את ההפרש ששלם א. עבור הספקים מכיסו, הוא יאלץ לספוג על חשבונו.

המינימאלי היה לכל הפחות משך הזמן הדרוש למכירת הסחורה שהצטברה בחנות, וכמו שכתב בכסף הקדשים, ועל כן היה מוטל על של השותפים להמשיך לשתף פעולה בניהול החנות בדרך מסודרת לכל הפחות עד למכירת כל המלאי במחיר סביר, ויתכן מאד שקיימת אומדנא שפרק הזמן המינימאלי הוא הרבה מעבר לפרק זמן הנ"ל. ועל כן כל ההפסדים שנגרמו לעסק עקב צעדו החד - צדדי של א. נזקפים לחובתו. ומאחר וקיימת הערכה ברורה שהעסק לא היה עסק מפסיד, וכפי שהעלתה ספירת המלאי שנערכה, על כן מסתבר שאילו היו ממשיכים לנהל את החנות כנ"ל היה א. מצליח

סימן לו

דין תורה שבין ועד מושב מקומי לתושב החבר במושב

ביחס לטענה שאין החלטת אסיפה, מטעם הועד המקומי, הקובעת שיש להגיש תביעה בנושא זה, השיב התובע שקיימת החלטה עקרונית שניתן לתבוע לדין תורה סרבן מסים.

בענין זה ראוי לציין למש"כ הגהות מיימוניות (בתשובות השייכות לספר קנין סי' כז, שהובא בחלקו ברמ"א חו"מ סי' קסג ס"א), וז"ל - "נראה בעיני שיש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מס ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר, וילכו אחר הרוב, הן לברור ראשים ... ואם ימאנו המיעוט ויעמדו מנגד מלעשות ככל הכתוב, יש ביד הרוב או ביד מי שימנו הרוב עליהם לראשים, להכריחם ולכופם בין בדיני ישראל בין בדיני האומות עד שיאמרו רוצים אנחנו, ואם יצטרכו להוציא ממון על ככה, המה המיעוט יתנו חלקם באותו ממון ... סוף דבר כופין בני העיר זה את זה לכל צרכי העיר שהם צריכים הרבה ... וכופין בני מבוי זה את זה לעשות להם לחי וקורה למבוי וכו' אע"פ שאין זה צורך גדול כ"כ, אפילו הכי כופין כל שכן שאר העניינים הצריכים להם יותר".

מבואר מתשובה זו, שלאחר שנבחר יו"ר ועד, (אחד או כמה - "ראשים", כלשונו של הגהות מיימוניות), אותו יו"ר מוסמך להכריח ולכוף את הסרבן עד שיציית להחלטות הועד, וזאת באמצעות תביעה משפטית לדין תורה. ואם יסרב לדין תורה יוכל לפנות לערכאות, והסרבן יחוייב בהוצאות הכרוכות בכך, וכן פסק הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' קסג ס"א.

על כן נראה שאין צורך בהחלטה ספציפית שיש לתבוע את סרבן המס לדין תורה, ותביעה כזו היא מסמכותו של יו"ר הועד. לכן אין צורך לדרוש מהתובע שיוכיח את טענתו שקיימת החלטה עקרונית של מליאת הועד המקומי, להגיש תביעה לדין תורה כנגד סרבני המס. ולהלן נביא מדבריו של הגר"ש ואזנר שליט"א בעל שבט הלוי, שהביע דעתו כי "אפשר, דאפילו יחיד יכול לתבוע לדין את חברו שאינו

המקרה הנידון

בפני בית הדין, תביעה שהוגשה ע"י א. יו"ר ועד מקומי - מושב ג. כנגד ב.

הנתבע מתגורר במושב ג., ומזה כשנה שאינו משלם את תשלומי המס שנקבעו על ידי הועד המקומי. התובע מבקש שינתן פסק דין הקובע שעל הנתבע לשלם את התשלום בו חוייב. הנתבע, באמצעות בא-כחו, טען מספר טענות, עליהם נסמך לדחיית התביעה, וכפי שיפורט להלן.

א. נטענה טענה שהתובע אינו מוסמך לתבוע את התביעה הנוכחית, מאחר שאינו יו"ר הועד.

ב. נטענה טענה שהתובע אינו מוסמך לתבוע את התביעה הנוכחית מאחר שלא התקבלה החלטה מתאימה בישיבת הועד המקומי.

ג. נטענה טענה כי לא התקבל אישור מתאים, מטעם הממונה על המחוז, להטלת המס.

ד. נטענה טענה שאין סמכות להטיל מס בלא הסכמת הרב המקומי, וכי על הרב מוטל לבדוק האם קיימים קריטריונים צודקים בקביעת תשלומי המס.

ה. נטענה טענה שהתובע אינו עובד לפרנסתו, אלא יושב ולומד, אין לו הכנסה ומתקיים מתמיכות. על כן לא ניתן לחייבו לשלם מסים.

ו. נטענה טענה שהתובע אינו מאפשר לעיין בספרי הועד, ועל כן לא ניתן לבחון האם כל התושבים שוים בחובתם לשלם מס.

הטענה לחוסר סמכות התובע

ביחס לטענה המקדמית, שהתובע אינו מוסמך לתבוע תביעה זו, מאחר שאינו משמש יותר כיו"ר הועד המקומי, בית הדין דחה טענה זו, מאחר שגם הנתבע מודה שהתובע נבחר ליו"ר הועד, ואינו מביא אסמכתא לטענתו שפוטר, על כן טענה זו נדחת.

ובחלק ד' סי' רס כתב הרשב"א - "דיני המס בכל מקום, אין יסודתן בהררי קודש התלמוד. ובכל מקום ומקום, תמצא בו דינים מחולפים על פי הנהוג, והסכמת גדוליהם, אשר גבלו ראשונים. ורשאיין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות, ומנהגים ידועין, כפי מה שירצו שלא ע"פ ההלכה, שזה דבר שבממון הוא. ועל כן, אם יש מנהג ידוע להם בדבר זה, הלך אחר המנהג, שהמנהג מבטל את ההלכה, בכיוצא בזה".

ומהרי"ט צהלון בתשובותיו החדשות סי' קפט כתב - "כתב הרב מה"ר איסרלאן זלה"ה בתרומת הדשן סי' שמ"ב וז"ל נראה דהני מילי, טפי תלי במנהג, ממאי דתלי בדין תורה. וכן מצאתי בתשובה הועתק מתשובת גדול הנקרא רמ"מ דכתב בהדיא דרוב ענייני המיסין תלויים במנהג. וכן במרדכי פ"ק דבבא בתרא כתב על ענייני המס, דמנהג מבטל הלכה ודין חכמי התלמוד אעפ"י שמצאו לו סמך מן המקרא. וכתב נמי דלאו דוקא מנהג החכמים, אלא אפילו מנהג חמרים וספנים יש לסמוך עליהם וכו'. ובאור זרוע כתב דלא אמרינן מנהג מבטל הלכה אלא אם כן הוא מפי חכמים. ומרדכי ריש פרק הפועלים הוסיף לפרש בשם אור זרוע, דדוקא מנהג ותיקין מבטל הלכה, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא טועה בשיקול הדעת. מכל מקום נראה לומר, דבענייני מסין לבני העיר וכן חמרים וספנים וכל דבר שרבים מצורפים יחד, צריכים למיזל בתר מנהג בני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפילו אי לא הוקבע על פי חכמים. כדמייתי הר"א כ"ץ ראייה ברורה מההיא דפרק הגזול בתרא. ונראה דיפה יש לחלק, דענייני מיסין לבני העיר וספנים וחמרים למהלכי שירה שלהם וכל דבר שרבים מצטרפים יחד צריכים למיזל בתר מנהגא. דאי מצרכו להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר, לעולם תהא מריבה ביניהם. משום הכי מעיקרא מחלו לוותר על דין תורה לגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו. וכעין זה כתב מהר"ם זלה"ה דשותפים קונין ומקנין ומתני בהדי הדדי באמירה בעלמא בלא קנין, משום דבההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני וכו', עכ"ל. הא קמן דכתב והכריע דבענייני המסים הולכין אחר המנהג אפילו מנהג שלא על פי חכמים ותיקין. שלא כדברי אור זרוע דכתב דדוקא מנהג ותיקין מבטל הלכה, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. וכפי האמת יש לומר דגם אור זרוע יודה בזה דאפשר דלא אמר כן אלא בשאר מנהגים, אבל בענייני מסין ודומיהם שהם צרכי רבים מודה אור זרוע, מן הטעמים שכתב מה"ר איסרלאן זלה"ה והם נכונים".

והנה מעיון בדברי הפוסקים שדנו בשאלת גביית מסים עולה כי קיימים שני סוגי מסים. קיים סוג אחד של מס, שהצורך בגבייתו נובע ממה שהמלך הטיל על הקהילה סכום מסוים, בלא לקבוע את גובה המס שיוטל על כל יחיד. והציבור גובה מס מהיחידים על מנת שיוכל לשלם את המס למלך. וקיים סוג שני של מס, והוא מס הנחוץ לממן את צרכי הקהילה. כפי הנראה, התשובות הנ"ל שהזכרנו,

משלם מיסים, משום שכתוצאה מאי תשלום המיסים נמצא הוא מקופח מכל מיני שירותים אחרים".

דיון בשאלת חיוב מס בפני דין מאותו מקום

לכאורה בנדון שלפנינו קיימת בעיה מקדמית, בטרם נכנס לגופו של דיון, והיא שמאחר שאחד מדייני בית הדין מתגורר במושב ג., הרי שיש לו נגיעה אישית עקיפה לכל הנושא. אך כפי שיבואר אין מניעה לקיים דיון וליתן פס"ד בנושא.

בשו"ע חו"מ סי' ז' סעיף יב פסק - "כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו ... ולפיכך עסקי המס אין דנין בדייני אותה העיר, מפני שיש להם או לקרוביהם חלק בו ... ואם עשו תקנה, או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים, דינם דין". וכתב בדרכי משה סי' ז' סק"ז - "וכתב הרשב"א בתשובה סי' תר"פ דהמנהג בכל מקום לדון צרכי ציבור בדייני העיר ועידי העיר". וכן כתב בחת"ס חחו"מ סי' קסג (שהובא בפת"ש ס"ק כח) שכבר נהגו כן, וכן בערוך השלחן סי' ז' סעיף כב כתב - "אם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו על כל הדברים הנוגעים לעיר, דיניהם דין, וכן המנהג פשוט, ומימינו לא ראינו ולא שמענו שבעסק הנוגע לעיר לא ידונו דייני העיר, וכיון שהמנהג כן הוי קבלו עליהם, ויכולים הדיינים שבעיר לדון על כל ענייני העיר, מיהו אם רואים שלפי נושא הענין, מוטב יותר שידונו על פי דיינים אחרים, יעשו כן ולא ידונו דייני העיר".

ובלא"ה אין צורך להזקק למנהג דהוי כקיבלו עלייהו קרוב או פסול, מאחר שבנידון דידן בעלי הדין קבלו בפירוש את שלשת הדיינים הדנים בענין זה, למרות שידעו כי אחד מהם מתגורר במקומם, ויעויין בשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' אלף פה (יא) שכתב - "מאי דאמרינן אין דנין בדייני אותה העיר, הנ"מ בשלא קבל עליו היחיד, אבל אם קבלוהו עליהם יכולים. וחכמי ירושלים הוו כאלו קבלום עליהם, שהרי כל אחד דן שנה אחת וחוזרים חלילה, ומעשים בכל יום במצרים ובכל המקומות, שהדיין הממונה וכל שכן הנגיד דן בין תביעות יחיד לצבור בלי סילוק, והוא מן הטעם שכתבנו".

סמכות בני העיר להטיל מסים

לעניין עצם הסמכות של בני העיר לקבוע תשלום מס המוטל על כל יושבי העיר. ראשית, יש לציין שתשלום מסים מוניציפאליים, הוא דבר המקובל בכל מקום, וגם בקהילות של יהודים שומרי תורה ומצוות, ולא שמענו מי שיערער על עצם הסמכות.

בעיקרו של דבר, הכללים בזה נקבעים על פי מנהג המדינה. הרשב"א בתשובה ח"ג סי' תיב כתב - "דיני המס בכל מקום ומקום יש להם עניינים משתנים, כפי השתנות המקומות. ואין הקהילות נוהגין בהם כדיני התורה במשאות ומתנות דעלמא, ובכל מקום דנין בהם לפי מה שנהגו".

מאנשי ותושבי העיר לדאוג על כל צרכיה הכלליים שיעיר ישראלית נצרכת להם".

וע"ע בפד"ר חי"ד מעמ' 254 בפס"ד מבית הדין באשדוד שפסקו בפשיטות לתת סמכות להטלת המסים, על פי דין תורה.

ובספר "קונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות מרבינו שבט הלוי" (המביא כלשונו את שיעוריו של הגר"ש ואזנר שליט"א) כתב (בעמ' סג), וז"ל - "והנה לענין המיסים הנהוגים בזמן הזה, שהעיריה והרשות המקומית גובה ארנונה מאנשי העיר, נראה פשוט דעיקר החיוב בזה מוטל על כל אנשי העיר, בין על עשיר ובין על עני, ואין מקום לפטור לגמרי חלק מאנשי העיר ... ואפשר דאפילו יחיד יכול לתבוע לדין את חבירו שאינו משלם מיסים, משום שכתוצאה מאי תשלום המיסים נמצא הוא מקופח מכל מיני שירותים אחרים, וכ"ש אם על ידי כך שפוטרים האחד ממסים, נגרם שיגבו מהשני יותר כסף. אכן מאידך גיסא נראה דעל העיריה מוטל לדאוג שלא יקרה שעשרות אלפי אנשים לא ישלמו מיסים בגלל כל מיני חשבונות ושיקולים אישיים אל האחראים, וכן שלא לפטור לגמרי אנשים שלא עובדים, וכן שלא לפזר כספים על דברים שאין הציבור צריך להם, דכל הדברים האלו הם הגורמים בעיות בהנהלת העיר".

דינם של בני העיר כשותפים

בשו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' לה כתב שהיסוד להלכה זו הקובעת את סמכותם של בני העיר לגבות מסים למימון צרכי הציבור, נובעת מהלכות שותפים, מאחר ולענין צרכי העיר דינם כשותפים, הרי שמעיקרא נשתתפו על דעת שינהגו זה עם זה בהתאם לכללים מסויימים שנקבעו. וכן החתם סופר חלק או"ח סי' קצג כתב בפשיטות - "בני הקהילה דין שותפים יש להם".

וכן בשו"ת מהר"ם שיק חלק או"ח סי' לד כתב - "בחור"מ סי' קסג מבואר דקהילה אחת מקרי שותפין ... כיון דכל קהל שנשתתפו, מסתמא על דעת המנהג נשתתפו שיש להם כל הזכויות, ודין בעלי בתים של אותו עיר הוי ליה כאילו הותנו כאשר הוא המנהג כל זמן שהם בעיר צריכים להיות כמו שאר אנשי העיר".

ומש"כ מהר"ם שיק שהמקור לסברא זו היא בשו"ע חו"מ סי' קסג, כוונתו להמבואר ברמ"א שם בסעיף ג' שכתב - "אם היו רגילין תחלה לתת ע"פ הערכה, יכולין לשנות ולתקן על פי השבועה, דהו כשותפין זה עם זה שיכולין להשביע אחד את חבירו בשבועת השותפין", הרי דפשיטא ליה לרמ"א לדון את בני העיר כשותפים.

העולה מכל הנ"ל - אין ספק שעל פי הדין, בסיס מוצק לגביית המס על ידי הועד המקומי, כשם שכל רשות מקומית רשאית לגבות מסים למימון הצרכים הקהילתיים.

ובישובים קטנים, אמנם התושבים משלמים מסים למועצה האזורית, אך מוסכם ומקובל בכל הישובים הללו

שהחוקקו לדון מכח מנהג המדינה, מתייחסות למס מהסוג הראשון, שבו המס אינו מנוצל לטובת בני העיר, אלא מועבר ישירות למלך, אך במס המיועד לצרכי בני העיר, יסודו מפורש במשנה ופוסקים, וכדלהלן.

שנינו במשנה במסכת בבא בתרא דף ז': - "כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר, רבן שמעון בן גמליאל אומר לא כל החצרות ראויות לבית שער. כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח, רשב"ג אומר לא כל העיירות ראויות לחומה. כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר י"ב חדש. קנה בה בית דירה הרי הוא כאנשי העיר מיד", וקיי"ל כת"ק ולא כרשב"ג.

ובשו"ע חו"מ סי' קסג ס"א פסק - "כופין בני העיר זה את זה, (אפילו מעוט כופין את המרובים), לעשות חומה, דלתים ובריח לעיר ולבנות להם בית הכנסת ולקנות ספר תורה נביאים וכתובים, כדי שיקרא בהם כל מי שירצה, מן הצבור. הגה. וה"ה לכל צרכי העיר ... וכופין בני העיר זה את זה להכניס אורחים ולחלק להם צדקה וליתן בתוך כיס של צדקה". ובסעיף ג' פסק הרמ"א - "כל צרכי העיר, אע"פ שמקצתן אינן צריכין, כגון בית חתנות או מקוה וכדומה, אפילו הכי צריכין ליתן חלקן (מהר"י מינץ).

ופירוש, בני העיר המוסמכים להטיל מסים, היינו בין אסיפה של כלל התושבים, ובין טובי העיר שנתמנו ע"י הקהל, כמבואר בשו"ת הר"א מזרחי סי' נ"ג, דפירוש טובי העיר בכל מקום אינו רוצה לומר היותר חכמים או היותר זקנים או היותר עשירים, אלא היותר משתדלים בצרכי ציבור שכל צרכי הקהל נעשים על ידם ועיני כל הקהל תלויים בהם לכל צרכיהם ונקראים בעבור זה ראשי הקהל מאחר שכל צרכיהם נעשים על פיהם.

ובשו"ת ציץ אליעזר ח"ב סי' כב כתב - "קביעת חיוב מסים לאורה של התורה ... דבר ברור הוא שבני העיר יכולים לכופף זה על זה לתת מס על כל צרכי העיר כדתנן בבבא בתרא (דף ז' ע"ב). כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח וכו', ובגמ' הכל לאגלי גפא וכו' הכל לכרייא פתיא וכו', וכן תניא בתוספתא (פי"א דב"מ הי"ב): כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת, לקנות להן ספר תורה ונביאים. והרמב"ם (פ"ו מהלכות שכנים ה"א) מסיים בלשון כדי שיקרא בהן כל מי שירצה לקרות מן הציבור. והמרדכי פ"ק דב"ב (סי' תע"ח) כותב בשם רבנו מאיר דהוא הדין דכופין להכניס אורחים ולחלק להם צדקה ולכל מה שיש להם צורך גדול. וכזה כדברי הגמ' והתוספתא הנ"ל, נפסק ברמב"ם שם, ובחור"מ (סי' קס"ג סעי' א'). והרמ"א מוסיף שה"ה שכופין לכל צרכי העיר. למדנו מכל זה, שבני העיר יש להם הרשות והיכולת לכופף זה על זה להשתתף לסידור כל הצרכים החיוניים הדתיים והסוציאליים שהעיר נצרכת להם, וה"ה ומכ"ש שיש התוקף לכך ביד נבחרו וטובי העיר שנבחרו ע"י אנשי העיר לשם שמירה ודאגה לצביונה ושכלולה של העיר, כי חוב קדוש מוטל על כל אחד ואחד

מונהגים ביושר, דבר הניתן לבחינה במסגרת תביעה לדין תורה, וכפי שאמנם נעשה במקרה הנוכחי.

האם יש הכרח לקבל הסכמת הרב לכללי גביית המס

ב"כ הנתבע העיר על כך שיש צורך בהסכמת הרב המקומי שיסכים לתקנת אנשי העיר, וזאת עפ"י המבואר במסכת בבא בתרא דף ט. "היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו".

אך נראה שאין מקום לטענתו. נהגו בכל מקום שבו קהילות של שומרי תורה ומצוות שהרב המקומי אינו מתערב בשאלות של תקנות המס, הן מפני שבדרך כלל הוא אינו מעוניין בכך, והן מפני שמלכתחילה הרב התמנה על מנת שיפסוק בשאלות הלכה וירביץ תורה ברבים, ובכל נושא רוחני, אך אינו מיועד לפקח על ענייני הכספים המקומיים.

וכתב בשו"ת מים עמוקים לראנ"ח חלק ב סימן נג (ד"ה עוד צריך, הובא בכנסת הגדולה חו"מ סי' רלא הגב"י סי' יח), וז"ל - "קהל אשר מנהגם לתקן כל תקוני הקהל, זקני הקהל וממוניהם, ואין מקפידים מעולם על הסכמת הת"ח עמהם, אין לת"ח שביניהם דין חבר עיר". וכן בשו"ת פני משה ח"א סי' ד'.

מלבד זאת לפי המבואר בתשובת דברי מלכיאל בטעמא דבעינן הסכמת אדם חשוב, נראה שבנידון דידן אין לזה מקום. הדברי מלכיאל (ח"א סי' לה) כתב - "נראה יסוד סברא זו דדין בני העיר, הוא כדין השותפים, ורק שנשתתפו על דעת שילכו אחר הרוב". וכתב עוד שם בתשובה - "ראיתי בשו"ת חתם סופר חחו"מ סי' סא ... שכתב שם דאחרי רבים להטות אינו רק בדיינים, אבל בציבור בעי מדינא שיסכימו כלם, רק שנהגו שיתנהגו ע"פ הרוב, ואדעתא דהכי נשתתפו ע"ש ... בהנהגת העיר ... אם לא נלך אחר הרוב, לא יסכימו לעולם לדעת אחת, מעיקרא אדעתא דהכי נשתתפו שמה שיסכימו הרוב כשישבו לפקח בצרכי ציבור כן יקום, והו"ל כדאמרי בי תלתא והותנה בפירוש שילכו אחר הרוב, ולזה אין שוקלים הדיעות מי שדעתו רחבה כנגד האחרים, לפי כשקבלום כולם יחד לא שייך זה. ולזה ג"כ כשיש חבר עיר, אין הסכמתם כלום בלא החבר עיר כדאיתא בב"ב ח' וכן הוא בפוסקים, משום דודאי אדעתא דהכי נשתתפו שאם יש חבר עיר שתהיה הסכמתו, שבודאי הוא יורה אותם בדרך הישר והטוב, וזה כעין אמרם כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת וכה"ג".

ולפי זה, אמנם במקום שהרב המקומי לקח על עצמו להיות מעורה גם בענייני הממון של העיר, ולפקח על ענייני המסים, הרי שמלכתחילה כשבני העיר התכנסו לבחור את טובי העיר, אדעתא דהכי בחרו בהם שיקבלו הסכמת הרב לתקנותיהם, אך במקום שקיימת הפרדה בין התחום הכלכלי של המקום לתחומים רוחניים, הפרדה המוסכמת הן על בני העיר והן על הרב המקומי, והרב אינו עוסק בעניינים אלו,

שמוטל מס נוסף מטעם הישוב עצמו, ולמעשה כשם שאדם המתגורר בעיר מפצל את תשלום המס בין המס המשולם לעירייה למס המשולם לועד הבית. וכל מס מיועד למטרה אחרת, המס לעירייה משולם למימון שירותי העירייה, ואילו המס לועד הבית מיועד למימון הוצאות הועד לתחזוקת הבית. כך בישובים קטנים, קיים פיצול בתשלומי המסים, המס למועצה האזורית מיועד למימון פעילות השירותים הניתנים על ידי המועצה האזורית, והמסים לועד המקומי מיועדים לממן את השירותים הניתנים על ידי הועד המקומי. וראוי להבהיר כי ההלכה הנידונה ברמ"א בחו"מ סי' ב', אינה שייכת לענייננו. הרמ"א כתב שם - "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג. אעפ"י שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה, רק להכריח הצבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם, מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר, וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר, כן נ"ל".

וברור כי תשלום המסים אינו נחשב כעניין שיש בו רווחא להאי ופסידא להאי, שנחלקו בו הראשונים אם בעינן דעת כולם, ובלבד שהמס מוטל בשוה על כולם. אלא רק אם קיימת תקנה שיש בה הפקעת רכוש או ממון מיחידים לטובת צרכי הקהילה, הענין נידון כרווחא להאי ופסידא להאי, או כשיש תקנה בענייני מסים המקילה עם חלק מהקהל על חשבון חלק אחר, וכנידון שבנודע ביהודה מהדו"ק חחו"מ סי' כ' יעו"ש, וכן מבואר בסמ"ע סי' ב' ס"ק יא.

וכן מבואר מתשובת הדברי מלכיאל ח"א סי' לו, וז"ל - "בתשובת הרא"ש הובאה בשו"ע חו"מ סי' קסג שאם הקהל צריכים להוציא על גביית חובות, אותם שאין להם חובות אין צריכין ליתן, דהו"ל רווחא להאי ופסידא להאי, שצריך דעת כולם להרבה פוסקים ... בשו"ע חו"מ סי' קסג סוף סעיף ג' בהגה"ה הובא ממנה"י מינץ דלענין צרכי רבים כמו בית חתנות ומקוה יתנו אף מי שאינן צריכים לזה, ע"ש בסמ"ע שחילק בין הך דתשובת הרא"ש גבי גביית חובות, דכאן שהוא צרכי רבים הקבועים שאני. ונראה סברתו משום דבדברים ההכרחיים אדעתא דהכי נשתתפו שיתנו כולם, וממילא אזלינן בתר רובא בזה, כיון שמחוייב ליתן והדבר נצרך לרבים, א"כ לא מיקרי רווחא להאי ופסידא להאי, משא"כ בגביית חובות שהוא תקנה חדשה".

וה"ה לעניין תשלום מסים למימון צרכים קהילתיים, אדעתא דהכי נשתתפו במגורים המשותפים באותו מקום, מאחר והמס מוטל בשוה על כולם, אינו נחשב כהפקעת ממון מחלק מהציבור לטובת הכלל.

ולפי האמור נראה, שעל פי ההלכה סמכות הועד המקומי להטיל מסים ברורה, ואין צורך באישור נוסף של הממונה על המחוז, או מי מטעמו, ובלבד שענייני העיר

חתנות לבנו, אי זו היא נטיעה של שמחה זה הנוטע אבוורנקי של מלכים". וכתב הר"ן, וז"ל - "מדאמרינן בירושלמי הדא דתימא בבנין של שמחה אבל אם היה כותלו גוהה סותרו ובונהו, משמע דכי אמרינן איזהו בנין של שמחה זה הבונה בית חתנות לבנו, דלאו דוקא, אלא הוא הדין לכל בנין שאינו צריך, דאינו נעשה אלא לנוי ולהרוחה בעלמא".

הרי שבש"ע סי' קסג הרמ"א פוסק לחייב את הציבור בבנין בית חתנות, למרות שאינו הכרחי לחלוטין, ונעשה "לנוי ולהרוחה בעלמא", כלשון הר"ן. אך כפי הנראה, הוא דבר הלמד מעניינו, וקיימת נחיצות רבה גם לבית חתנות ודומיא דמקוה וכיוצא ב. ובתשובת הדברי מלכיאל ח"א סי' לה שהבאנו לעיל, לאחר שישד שהגדר להלכה זו הוא מכח הלכות שותפים כתב - "הנה בשותפים נראה פשוט שאין יכולים לכופו זה את זה רק בדברים הכרחיים, כמו דלת או חפירת בור ולחי וקורה דבתוספתא ... ע"כ לא נשתתפו על דעת לילך אחר הרוב, רק בעניינים הכרחיים להם, משא"כ בתקנה חדשה, אף שיוצמח להם איזה טובה מזה, מ"מ בעי לזה דעת כולם".

העולה מכל הנ"ל הוא, שאם מכספי המסים מממנים נושאים הנצרכים לרוב התושבים, גם אם למעשה ניתן להסתדר בלעדיהם, מכיון שלפי דעתם יש בהם צורך ונחיצות רבה, יש זכות לוועד המקומי לממן נושאים אלו מכספי המס, ובלבד שאין איסור בפעילויות אלו, ואפילו אם קיים איסור מידת חסידות שלא לנהוג בפעילות כזו, לא ניתן לכפות את מימון הפעילות על המתנגדים, וכפי העולה מהסוגיא בב"ב דף ז': "והא ההוא חסידא" וכו', וכתב החזו"א ב"ב סי' ד' סק"ז שהעולה מסוגיא זו הוא "דכיון דממדת חסידות שלא לעשות בית שער, אין אחד יכול לכופו לחבירו לעשות בית שער".

ובמידה שהתעוררו חילוקי דעות ביחס לנושאים אותם יש לממן מתשלומי המסים, כתב הרמ"א בסי' קסג סעיף א - "כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמם, יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב".

ממוצא דברינו עולה שאין לנו מקור בגמ' ובפוסקים לחייב את המיעוט להשתתף בהוצאות המיועדות להוצאות שאינן הכרחיות ונחוצות מאד אלא להרוחה בלבד, כגון גינון, או לפעילות שאין בהם לא איסור ולא מצוה אלא רשות, וכמו פעילות הנקראת "תרבות הפנאי", ולכאורה היה ראוי לקבוע כי התקציב לכך יגיע רק מאותם התושבים המעוניינים בכך והנהנים בפועל מאותה פעילות.

אלא שלמעשה נהגו ברשויות המקומיות לממן הוצאות גינון או פעילויות תרבות מכספי המס. כפי שראינו לעיל בנושא של גביית מסים, למנהג יש משקל מכריע, ונראה שנהגו כך מאחר שקיימת אומדנא שניחא להו לכל בני העיר כי מתקציב העיריה יממנו פעילויות המתאימות לכל אחד מהמגזרים בהתאם לחלקו היחסי באוכלוסייה. ועל כן בנידון

כפי שמקובל בכל קהילות ישראל בימינו, אין הכרח שיבקשו הסכמתו כשקובעים את כללי גביית המס, דבכה"ג לא שייכת הסברא דאדעתא דהכי התנו.

וע"ע בפד"ר חי"ד עמ' 254-259 בפסק דין מבית הדין באשדוד שקבעו את חובת תשלום המסים העירוניים גם ללא הסכמת תלמידי החכמים שבמקום.

עבור אילו מטרות ניתן לגבות את המס

ביחס למטרות שעבורן נגבה המס, כתב הרמ"א בסי' קסג סעיף ג' - "כל צרכי העיר, אע"פ שמקצתן אינן צריכין, כגון בית חתנות או מקוה וכדומה, אפילו הכי צריכין ליתן חלקן" וכתב הפת"ש ס"ק כג - "משמע שאם הוא דבר שהרוב אינן צריכין לו, אין הרוב צריכין ליתן סיוע לזה, וכן מבואר במקור הדין בתשובת מהר"י מינץ סי' ז'".

ועל כן כל עוד אין נשמעת טענה כי המס מנוצל לדברים שהינם צרכי מיעוט התושבים בלבד, אין מקום לטענה של אדם יחידי כי אינו נזקק לשירותים הניתנים על ידי הועד המקומי.

ופעמים שהמיעוט יכולים לכפות את הרוב, והיינו כגון בעניינים הנחוצים ביותר לעיר המוזכרים בשו"ע ריש סי' קסג, וכן כשהדבר נוגע לשמירת המצוות, עיין בשו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' פח סק"ג שכתב - "ועל דבר שכתב הגרעק"א ז"ל שם, דאף המועט יכול לכופו את הרוב לזה, צריך לומר בטעמו, דאף שבתשובת מהר"י מינץ שם, כתב, כל דבר שהוא תועלת או תיקון להקהל או לרוב הקהל וכו' אחרי רבים להטות, כמה שמסכימים הרוב אע"פ שהמועט מתנגדים וכו', ונסתייע בזה דברי הרמ"א (שם בחו"מ סי' קס"ג סעי' ג'), דדייק וכתב, אע"פ שמקצתן אינם צריכין וכו', וכתב ע"ז הסמ"ע, דוקא כהני דכל ישראל צריכין לבית חתנות או מקוה וכו' עיי"ש, ומזה הוכיח הפתחי תשובה שם שאם הוא דבר שהרוב אינם צריכין לו, אין חייבים הרוב ליתן סיוע לזה עיי"ש, ולכאורה זה נגד דברי הרעק"א הנ"ל, אבל נראה דס"ל, דכל זה מיירי בדבר שהרוב אינם צריכין, מטעם שהוי דבר הרשות, או אינם צריכין לזה, מפני שאינם בגדר זה, אבל אם היא דבר מצוה, והרוב המה בגדר החיוב, ורק שרצונם להסיר מעליהם עול תורה ומצוות, בודאי המיעוט יכולים לכופו להרוב, דלא תהי' אחרי רבים לרעות, ולזה שומעין שאומר כהלכה (פאה פ"ד מ"ב)".

ויצוין כי אחד מהשירותים המוזכרים הרמ"א הוא "בית חתנות", למרות שודאי ניתן להסדיר חופה וקידושין גם ללא בית חתנות מיוחד הממומן על ידי הציבור, אך מאחר שכך הורגלו, יש מקום לממן זאת מכספי המסים.

ולביאור עניינו של אותו בית חתנות, יש לציין את האמור בגמרא במסכת תענית ואת דברי הר"ן שם. במסכת תענית דף יד: נאמר - "עברו אלו ולא נענו ממעטין במשא ומתן בבנין ובנטיעה. תנא בבנין, בנין של שמחה, נטיעה, נטיעה של שמחה. אי זהו בנין של שמחה זה הבונה בית

נקראים מוחזקים לגבי היחיד, וצריך לתת להם משכון קודם שירדו עמו לדין, והא דנקראים מוחזקים לגבי יחיד, דווקא בענייני מסים, אבל לא בשאר דברים, ומכל מקום צריך לתת משכון קודם שירדו לדין עמו. ובסי' קסג ס"א, לאחר שהובא הדין שבני העיר מחוייבים בתשלומי צרכי העיר, כתב הרמ"א - "ועיין לעיל סימן ד' וסימן ז' בני העיר שיש להם דין עם יחיד אם יכולים לדוננו, ואם נקראים מוחזקין". ומבואר דמש"כ הרמ"א בסי' ד', שהציבור נידון כמוחזק בענייני מסים, מתייחס גם למס המיועד למימון צרכי העיר.

וכתב בשו"ת בנימין זאב סי' רצה - "ועל אשר שאל מר על עסק ראובן הממאן לתת לממוני הקהל מה שהטילו עליו ממסים ואומר שרוצה לעמוד בדין אם הטילו עליו כהוגן ואז יפרע נראה לע"ד דיפרע תחלה מה שהטילו עליו ואח"כ יזמינם לדין דכן מצאתי בתקנות שתיקן הגאון רבינו גרשון מ"ה והביאו גם כן מהררי"ק בתשובותיו בשורש י"ז ... וכן מצאתי משם מהר"ם דדין הוא שהיחיד אינו יכול לטעון נגד המטילים אלא דוקא אחרי שיפרע אבל חייב הוא לפרוע מקודם שיטעון הא קמן דצריך לפרוע קודם הטלתו ואחר כך יזמינם בדין".

וכתב בשו"ת תורת אמת סי' סט - "גם ראה ראינו מה שהעלו הפוסקים הראשונים ז"ל והאחרונים ובפרט מהר"י קולון והרב בעל התרומות ז"ל שהאריכו הרבה במאד מאד בענין אם הרבים מיקרו מוחזקים כנגד היחידים, וכתבו תשובת מהר"ם שכל יחיד המדיין עם קהלו עבור ענין מסים שהקהל גובים ממנו מס ואח"כ אם ירצו ירדו לדין, ואם נטלו ממנו שלא כדין יחזרו לו ע"פ ב"ד, והקהל רוצים להיות מוחזקים ותופסים נתבעים ולא תובעים. דאל"כ לא יהיה תקנה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויאמר מי יתבעני בדין כו', ואם כן העלו כלם דלפחות בענין מסים הרבים הם מוחזקים כל זה הוא גלוי ונודע בספרי המפרשים ז"ל. ונפקא מינה לנ"ד שאם הרבים הם מוחזקים יכולים לומר אנן קים לן כרש"י ז"ל וסיעתו שאנו יכולים לתקן מחדש מה שאנו רוצים".

ומבואר שמתוך הלכה זו עולה, שהיחיד אינו יכול לטעון טענת קים לי, מכיון שאינו נידון כמוחזק.

מסקנת הדברים - כל טענה שטוען היחיד כדי להפטר מתשלום מס, אינה מתקבלת בלא שיוכיח את דבריו בראיות מוצקות, ואין מקום לטענת המוציא מחבירו עליו הראיה, או לטענת קים לי, ויתירה מזו כתבו הפוסקים שאם היחיד תובע את הציבור, קודם עליו לשלם ורק אח"כ ירדו לדין.

הקריטריונים לגביית המסים

על פי ההלכה מצינו כמה כללים לקביעת הקריטריונים בהטלת מס, אם לפי נפשות או לפי ממון, ויעויין בשו"ת ציץ אליעזר ח"ב סי' כב שסיכם הלכה זו ומקורותיה. כמו כן, מעיון בהוראות החוק עולה כי הועד המקומי מוסמך להחליט על קביעת קריטריונים המושתתים על מצב כלכלי

שלפנינו בית הדין אינו מוצא לנכון להכנס לפירוט מדויק של היעודים השונים של ניצול כספי המסים, והדבר נתון לשיקול דעת הציבור ונציגיו.

מלבד זאת נראה כי בנידון שלפנינו שהתובע נכנס לגור במושב ותיק שיש בו כבר דפוסי התנהגות המקובלים מזה שנים, קיימת סברא כי מעיקרא כשנכנס לגור, אדעתא דהכי נכנס שיקבל על עצמו את החובות המוטלות על תושבי המקום. וגם אם בנדון זה אין הדבר כן, והתובע מעיקרא בטרם נכנס לגור במושב, מסר מודעה שאינו מקבל על עצמו התחייבות כזו, מ"מ אנשי המושב רשאים להתנות הסכמתם למגוריו בתחום המושב בכך שיקבל על עצמו את החובות הבסיסיות המוטלות על כל תושב, ועל כן אינו יכול לערער על חובת תשלום המס שהיתה מקובלת במושב, ושהיתה מיועדת לאותן מטרות שאנשי המושב יעדו את תשלומי המס.

הטוען שאין לו אפשרות לשלם את המס

בספר "קונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות מרבינו שבט הלוי" (הנזכר לעיל) כתב בעמ' סג וז"ל - "והנה לענין המיסים הנהוגים בזמן הזה, שהעיריה והרשות המקומית גובה ארנונה מאנשי העיר, נראה פשוט דעיקר החיוב בזה מוטל על כל אנשי העיר, בין על עשיר ובין על עני, ואין מקום לפטור לגמרי חלק מאנשי העיר, אלא דיש לחלק בשיעור החוב כפי הדין, דיש דברים שגובים לפי ממון, וכן החלק שנגבה לצורך שמירת העיר פטורים ממנו הת"ח. אבל מיהא פטור גמור אין שייך ... אכן מאידך גיסא נראה דעל העיריה מוטל לדאוג שלא יקרה שעשרות אלפי אנשים לא ישלמי מיסים בגלל כל מיני חשבונות ושיקולים אישיים של האחראים, וכן שלא לפטור לגמרי אנשים שלא עובדים, וכן שלא לפזר כספים על דברים שאין הציבור צריך להם, דכל הדברים האלו הם הגורמים בעיות בהנהלת העיר".

מבואר מדבריו שאין מקום לפטור לגמרי אדם עני שמצבו דחוק. ויעויין שם בעמ' פו שכתב כי מי שהוא עני ואביון שאין לו ממון כלל, אין לגבות ממנו מס. ונראה שהדבר פשוט דלא גרע מכל חוב אחר שמי שאין לו יותר מסידור בעל חוב, אין גובין ממנו עד שמצבו ישתפר. אך אין כאן פטור מהחובה עצמה, אלא דחיית התשלום שנוקף עליו בחוב עד שתהיה לו אפשרות לשלם.

ונראה שראוי שתהיה, בעיר או ביישוב, קופת צדקה ממנה יוכל ליטול הזקוק לכך, וממנה יוכל לממן את חובותיו לעיריה או לוועד המקומי.

אלא שבמקרה כזה שהתושב טוען שמצבו דחוק מאד, ואינו עומד בנטל המס, חובת הראיה היא על התושב. וזאת מפני שהציבור נידון כמוחזק, ועל כן בכה"ג לא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא להיפך.

הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' ד' פסק - "אבל יחיד נגד רבים, והוא מבני העיר ... אם יש חלוקים וטענות ביניהם, הקהל

לא ניתן לקבוע כי ביחס למס כזה קיים גיבוי של דין תורה, לאכופ את גבייתו.

וביחס לדינו של תלמיד חכם בתשלום מס, יש מקום לאריכות דברים, אך כל עוד התובע אינו טוען כי הינו תלמיד חכם העומד בגדרים המבוארים ב"ד סי' רמג סעיף ב' ברמ"א, אין מקום לדון כעת בשאלה זו.

חובת הדיווח והפרסום למעשי שלוחי הציבור

השו"ע י"ד סי' רנו ס"ב פסק - "אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברים, שנאמר: ולא יחשבו את האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה, כי באמונה הם עושים (מלכים ב, יב, טז). הגה ומ"מ כדי שיהיו נקיים מה' ומישראל, טוב להם ליתן חשבון. וכל זה בגבאים הכשרים, אבל מי שאינו כשר, או שנתמנה באלמות וחוקה, צריך ליתן חשבון. וה"ה בכל ממונים על הצבור".

מבואר שבכל הממונים על הציבור, מן הדין קיימת חובה לתת דין וחשבון קבוע ומסודר על פעולותיהם. ואפילו ביחס לגבאי צדקה שעל פי דין אינם מחוייבים בכך, עכ"פ מצד והייתם נקיים וכו' ראוי שיתנו דו"ח. שהרי אפילו במשה רבינו שנאמר בו "בכל ביתי נאמן הוא" עם כל זה במלאכת המשכן נאמר "אלה פקודי המשכן" ללמד שהציג חשבון ברור על כל פעולותיו. וכמבואר במדרש תנחומא פרשת פקודי סי' ד' - "אמר להם בואו ואעשה לפניכם חשבון, נתכנסו כל ישראל עד שהוא יושב ומחשב שכח אלף ושבע מאות וחמשה ושבעים שקל, שעשה ויום לעמודים ... באותה שעה נתפייסו ישראל על מלאכת המשכן, ומי גרם לו, על ידי שישב ופייסן, אלה פקודי המשכן, ולמה עשה עמהם חשבון, והקב"ה מאמינו, שנאמר לא כן עבדי משה בכל ביתי נאמן הוא, ומשה אמר בואו ועשו עמי חשבון, אלא ששמע משה ישראל מדברים מאחוריו, שנאמר והיה כצאת משה אל האהל וגו' והביטו אחרי משה (שמות ל"ג, ח), ומה היו אומרים, ר' יצחק אומר לשבח היו אומרים ... ור' חמא אמר לגנאי, היו אומרים ... אוכל משל יהודים, ושותה משל יהודים, וכל מה שיש לו מן היהודים, וחבירו משיבו אדם ששלט על מלאכת המשכן אין אתה מבקש שיהא עשיר, כיון ששמע משה כך אמר להן חייכם משהמשכן נגמר אני עושה עמכם חשבון, שנאמר אלה פקודי המשכן וגו'".

וממשה רבינו ילמד ק"ו כל שליח ציבור העוסק בענייני הציבור, שלא יתן מקום לטענות וחדשות שהיו מנת חלקן של ארון הנביאים משה רבינו עליו השלום, ועל כן עליו לתת דין וחשבון תקופתי על ההוצאות וההכנסות, וכן לאפשר למעוניינים, לעיין בכל הספרים המרכזים את פעילות הועד על מנת שיתקיים בו "והייתם נקיים" וגו'.

של משלם המס. אך מסתבר שמאחר ובנידון שלפנינו המס הוא בסכום נמוך יחסית, ואם יקבעו קריטריונים שונים התלויים ברמת הכנסה, או יכולת כלכלית, זה עלול לסבך מאד את נושא גביית המס, רשאי הצבור לקבוע כי המס יהיה אחיד ושוה לכולם, ואם אמנם כך נהגו, המנהג מחייב, וכפי שהבאנו לעיל מהרשב"א ומעוד פוסקים.

ויתירה מזו כתב הרמ"א בסי' קסג סעיף ג' "כל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלשה פעמים, אף על פי שהוא מנהג גרוע, אין מדקדקים בענייני המסים".

אמנם עיי"ש בפת"ש ס"ק טז שהביא מתשובת הר"ר משה רוטנבורג ז"ל חח"מ סי' כ' שכתב בתוך דבריו - "ודאי על פי דין תורה ראוי להיות המסים לפי ממון, ואין לך עול גדול מזה שיהא העשיר והדל שוים כמעט במשא המסים, ואף שהיה המנהג מכמה שנים אין להשיג בו". ועיי"ש שקבע שלענין זה לא אזלינן אחרי מנהג גרוע.

אך מאחר ובכלל נטל המס המוטל על כל אדם לרשויות השלטון השונות, נקבעו מדרגות מס הנקבעות בהתאם ליכולתו הכלכלית, וכך אמנם ראוי לנהוג כמבואר, אם ביחס למס מסויים שהינו תשלום של סכום קטן, יחסית להכנסה הממוצעת ויחסית לשאר המסים המוטלים, קבעו בני העיר שמפני שיקולים מסויימים לא יקבעו מדרגות מס, יש מקום לקבל שיקול דעת כזה. וכן עולה מהפת"ש (שם) שבעת שהמס הנידון (בתשובת הר"מ רוטנבורג ותשובת אבן השוהם שהביא הפת"ש) היה בסכום קטן, הוסכם כי הן העשירים והן העניים ישלמוהו בשוה, ומשמע בתשובות אלו, שביחס להסכמה זו לא עלתה הטענה לשלול מנהג זה.

אך אם יתברר כי תושבים מסויימים נדרשים לשלם יותר עבור הוצאות קהילתיות מאשר סוג אחר של תושבים, יש הכרח לבטל מיידית חוסר שוויון כזה. המס הנידון בעיקרו מיועד לממן שירותים קהילתיים, על כן כל הנהגים מהשירותים הקהילתיים שמספק ועד המושב, חייבים לשלם במידה שוה. תשלום מסויים המשולם על ידי חברי האגודה לועד האגודה והמיועד למימון הוצאות האגודה, אינו רלוואנטי, ואינו עולה להפחתה במסים לועד המקומי, כשם שמשל המושלם לועד העובדים במפעל, שישלם תושב המקום העובד במפעל מסויים, לא ישמש עילה להפחתת שיעור המס לועד המקומי. ובמידה והאגודה מממנת מקופתה שירותים קהילתיים, עליה להגדיר את שיעור המימון, ולחייב בו את הועד המקומי, במקום להפחית עקב כך, באופן שרירותי, את המס המוטל על חברי האגודה, שהרי ההפחתה הכוללת אינה בהכרח כשיעור המימון הנ"ל, ולמעשה בכך נפתח הפתח לקביעת נטל מס שאינו שוויוני. וכשנטל המס אינו שוה, (ולא עקב קריטריון של רמת הכנסה, גודל דירה וכיוצ"ב), ומוטל על הציבור בדרך שאינה הוגנת,

סימן לז

בנייה בבית משותף ללא אישור שאר השותפים

משותפת לכל בעלי הדירות וכללי השיתוף בסתמא נקבעו עפ"י הוראות החוק. על כן ראוי שגם אותם שכנים יצטרפו להסכמה זו, וזאת על מנת להסיר מכשול מהצדדים. לחילופין, אם אחד מהצדדים שבנה, יוכיח לבית הדין שבנייתו נעשתה כדין וברשות, תוסר ההוראה הנ"ל. להלן נימוקים הלכתיים הבאים כתוספת להחלטת בית הדין הנזכרת לעיל.

א. כאמור בהחלטה, במסגרת הנוכחית אין אנו נוטלים על עצמינו את המשימה, שאינה מוטלת על בית הדין, והיא להביא את הצדדים לידי עמידה בהוראות החוק, המחייבות הוצאת היתר בניה כחוק בטרם יעשו עבודות בינוי.

אך בית דין הדין עפ"י דיני התורה, אינו מתכנס לדון בין שני צדדים השקועים באיסור גול המבקשים מבית הדין להכריע בסכסוך נוסף הנובע כתוצאה ממעשיהם.

בנסיבות אלו ההוראה הראשונה המוטלת על בית הדין היא להפריש את הצדדים מאיסור השימוש בנכס שלא כדין, ולאחר מכן להכנס להכריע בסכסוך שנותר.

ב. לפי החומר שבתיק עולה שכל אחד מהצדדים מתגורר בדירה הבנויה בבניין שבו ארבעה שותפים. שניים מהשותפים, הם התובע והנתבעים. כללי השותפות נקבעו על פי העיקרון הקובע שבבניין כזה, שלד הבניין מהיסודות ועד הגג, הכל רכוש משותף של כל בעלי הדירות. שיתוף זה נקבע על פי מנהג המדינה שהתקבל בעקבות חוק המקרקעין פרק ו' המתייחס לבתים משותפים, ובו נאמר שכל אדם שיש לו דירה בבנין משותף, נעשה שותף בכל הרכוש המשותף המיועד לדיירי הבניין. סעיף 52 לחוק המקרקעין, קובע שהגג, הקירות החיצוניים, מתקני מים וכיוצ"ב המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם דינם כרכוש משותף אפילו הם בתחומי דירה מסויימת.

הטעם לכך הוא מפני שהקרקע שהבניין עומד עליה היא קרקע משותפת לכולם. והדבר ברור שבעת רכישת הדירות, הוסכם על שיתוף זה, שנקבע עפ"י המנהג. אין כאן פסיקה מכח חוקי ערכאות, אלא בסתמא הסכמת השותפים לענין תנאי השותפות ביניהם, מתפרשת עפ"י החוק והמנהג, ולהסכמה כזו תוקף עפ"י דין תורה, עיין חת"ס חח"מ סי' קמ"ב ד"ה והנה בקצה"ח.

וכן פסק בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' סט, וז"ל – "אין חולק שיש לכל שטח המריבה דין של בעלות משותפת, ככתוב ומבואר באר היטב בחוק "בתים משותפים" פרק ו' סעי' 52, כי פרט לחלקים הרשומים כדירות, שכל אחד הוא בעלים בדירה שלו פנימה "כל חלקי הבית המשותף, הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים המסד, חדרי המדרגות, מעליות,

בבית הדין התקיים דיון בין שני צדדים הטוענים אחד נגד השני על נזק שנגרם כתוצאה מחריגת בניה, אך עם פתיחת הדיון התברר שכל אחד מהצדדים מודה שהוא בנה בנייה רחבה מאד בלא אישור מתאים, וכתוצאה מכך נכתבה החלטה כדלהלן -

במקרה שבו בוצעה תוספת בניה בבית משותף, ק"ו כשבעקות פעולות הבינוי צד אחד ביצע פעולות בינוי בקיר משותף או ביציקה שהיא גג וריצפה משותפת, כשכל זה בוצע ללא היתר בניה וללא רשות השכנים, מלבד הבעיה החוקית שבפעולות אלו, ובבעיה זו בית הדין אינו עוסק, הרי שקיימת בעיה חמורה יותר והיא שימוש שלא ברשות בנכס של הזולת, ואף שההלכה קובעת שקרקע אינה נגזלת, היינו שאין בה קנייני גזילה, אך עכ"פ השימוש בנסיבות אלו אסור באיסור גול. אף שהתקרה שהיא ריצפה של השכן מעליו נידון כנכסי שותפים, אך גם שותף אינו רשאי לחרוג מכללי השותפות ולעשות פעולות בינוי תוך כדי התעלמות מכללי השותפות, המחייבים את כל השותפים בשוה.

על כן אין מקום שבית הדין יתמקד בשאלת הנזק בלבד, ויורה על בדיקה מקצועית העשויה לעלות סכום כסף גבוה, כל עוד הדין מחייב החזרת המצב לקדמותו.

הדברים אמורים, ביחס לכל פעולת בינוי שנעשתה בשטח המשותף בניגוד לכללי השותפות ולהסכמת השותפים.

הדוגמאות לבינוי שנעשה ללא היתר בניה בשכונה זו, שצויינו על ידי אחד הצדדים, מעידה על הנהוג שלא לפעול עפ"י הוראות החוק. אך כאמור, הבעיה המוזכרת לעיל אינה בעיה חוקית גרידא, אלא בעיה יסודית של חובתו של אדם מישראל, עפ"י דיני התורה, להמנע משימוש ללא רשות בנכס שאינו שלו, או שימוש בנכס משותף בניגוד לכללי השותפות.

על כן במידה שכל אחד משני הצדדים יצהיר בכתב וללא סייג, שהוא מוחל לצד השני על הפלישה לרשותו וכן על כל פעולת בינוי שנעשתה ברכוש המשותף ללא רשות, בכך יוסר איסור השימוש בגזילה, מכל צד שפעל שלא כשורה.

לאחר מכן יהיה מקום לפתוח בבירור תביעת הנוזיקין לגופה, ולקיים דיון ולבחון מינוי איש מקצוע לבירור הגורמים שהביאו לנזילות וכיוצ"ב.

לעיל התייחסנו לשני הצדדים שבפנינו. אך בבניין זה, דירות נוספות ובעלי הדירות ג"כ שותפים בשטח המריבה דנן, שיתוף הנובע מכוח חוק בתים משותפים הקובע שכל הדיירים שותפים במעטפת החיצונית של המבנה המשותף. לחוק זה משמעות עפ"י ההלכה מאחר שקרקע הבנין היא

אחרת. ואינו דומה למרפסת סגורה בבית משותף שבעל הדירה מבקש לסגור ולהופכה לחדר ובפעולתו אינו משנה בקירות החיצוניים ובצורת הבניין, בזה כתב בשו"ת משכנות ישראל סי' ז' שאין מניעה בכך, ועיין בספר פתחי חשן חלק ו' שותפים פרק ד' הערה ט'.

אף לפי דרכו של שו"ת מנחת יצחק חלק ו' סי' קע אות יז, שהורה שלא למנוע הוצאת מרפסת, וסייעתא דיליה מהא דז"ז המבואר בשו"ע סי' קנג, הכא גרע טפי וכו"ע מודו. מפני שהבנייה היתה כרוכה בפעולת בניוי וחציבה בגוף התקרה של התובעים.

אך בלא"ה דעת המנחת יצחק לא התקבלה להלכה, עיין הוראת הגרי"ש אלישיב שליט"א שהובא בקובץ מקבציאל חלק כג שנה יג עמ' ריו שפסק למנוע הוצאת מרפסת בלא רשות הדיירים, וטעמו שאינו דומה לחוקת תשמישים מפני – "דאף בניית מרפסת חשיב כלקיחת בעלות, מאחר והאוויר והקירות החיצוניות הוא רכוש משותף של כל השכנים על פי התקנון דבתים משותפים, ובבניית המרפסת לוקח בקביעות להשתמשות שבאותו מקום על ידי חפירה ובנייה בקיר החיצוני המשותף, ומההיא דז"ז אין ראייה, דז"ז הוא דבר קטן ולא קבוע כל כך בבנין גמור כמרפסת שבימינו".

ובספר שבט הלוי חלק ח' סי' רצט כתב – "בדבר הספק האם שייך בכה"ג לכפות מדין כפי' על מדת סדום, לדידי פשיטא לי דלא שייך כופין על מדת סדום שיוותר אדם על מה ששייך לו. ואינו דומה לסוגית ב"ק כ' וש"ע חו"מ סי' שס"ג, ואינו דומה להאי דב"ב י"א ע"ב שהפנימי יסתום המבוי, כאשר הרגיש הכותב בעצמו דמבוי אינם בעלים גמורים. וכן אינו דומה כלל להאי דב"ב י"ב ע"ב דמקום שכ"א יש לו ומקבל רק האחד רוצה שיתנו לו קרוב למים או לשאר נכסיו. אבל אין שום טעם שיוותר אדם על שלו ממש מטעם כופין על מדת סדום. וכי אדם עשיר ענקי שגם הרבה דינרי כסף לא נחשבים אצלו כלל, ושכנו האביון שחסר לו גם פרוטה וכי אנחנו נכוף ליתן לו מכספו בלי שורת הדין רק מטעם כופין על מדת סדום, אי לאו משום דין כפי' על הצדקה. וה"נ יאמר זה שהחצר משועבד לו.

ובמה שרצית לדמות נדון זה להא דכתב הסמ"ע (קס"א סק"ז) בדבררים שהמנהג לעשותן בחצר הולכין אחריו ואינו יכול למחות בו. ואפילו העמדת רחיים שהוא דבר קבוע במקומו ראוי לעשות כדמשמע שם בשו"ע, וה"נ דרך בנ"א להגדיל דירתם ואין בכח השותף לעכב בידו מעיקר דיני השותפות. עדיין הדמיון לרחיים לא ברור לי כ"כ. דודאי מי שגר בשותפות גר כדרך העולם שצריכים רחיים וכיו"ב, אבל אין זה מהשתמשות הבית להוסיף אצל מבנה הבית אם לאו שיש רגילות ממש ותקנת העיר והוא קנה ע"מ כן, וכן המוכר מכר ע"מ כן, ולכן טעם זכות השותפין צ"ע, אם לא שע"מ כן נחתם החוזה".

כאמור, נידון דנן אינו עניין לחוקת תשמישים, שיש אומרים דלא לתר הוי חזקה, עיין שו"ע סי' קנג ס"ב. והטעם

מקלטים וכו' אפילו הם בתחומי דירה מסויימת, דין רכוש משותף להם", וא"כ בודאי ובודאי שהמערערים יכולים להתנגד לכל שינוי ברכוש המשותף ... והאיסור בלי הסכמה ברור גם בלאו הכי", עכ"ל.

וכעין זה פסק בספר משכנות ישראל (להג"ר ישראל גרוסמן ז"ל) סי' א' שבסתמא כל דייר רכש דירתו על דעת כן שינהגו ביניהם עפ"י חוק בתים משותפים לאחר שהרישום של הדירה נעשה עפ"י כללי חוק זה.

ג. המרפסת של משפחה פלונית, המצויה על גבי דירת התובעים, קודם לפעולת הבינוי היתה מרפסת פתוחה עם ריצפה ומעקה, והנתבעים סגרו את המרפסת ובנו בה חדר מגורים.

בפעולה זו קיימות שתי בעיות, ראשית, שינוי חזות המבנה וצורתו. אילו היו מביאים מבנה מוכן ומניחים אותו על גבי המרפסת, זו היתה הבעיה היחידה, אך מאחר ובבניית המרפסת נעשו פעולות בינוי וחציבה ברצפת המרפסת שהוא הגג של התובעים, הרי שבכך הנתבעים פעלו שלא ברשות ברכוש שיש לתובעים חלק בו. עיין בשו"ע חו"מ סי' קסד ס"א שפסק שהתקרה של התחתון שייכת לתחתון, וגם הרמ"א אינו סובר אחרת, עיי"ש בסמ"ע. בנידון דנן בכלל הקשור לבנייה בקומה עליונה, בניגוד להסכמת בעל הקומה התחתונה, הביא הטור חו"מ סי' קסד - "הכי איתא בתוספתא, בית לאחד ועלייה לאחד, ורצה בעל העלייה לבנות דיוטא על גבה, במקום שנהגו לבנות ב' או ג' יעשו, הכל כמנהג המדינה", ועיי"ש בטור שהורה למנוע בנייה שיש בה תוספת משקל יחסית למה שהיה קודם לכן. עכ"פ מוסכם עפ"י התוספתא, שמנהג המדינה מחייב עפ"י ההלכה.

התוספתא שהביא הטור נמצאת במסכת ב"מ פ"א ה"ה. וכתב שם בפירוש חסדי דוד – "הכא איירי שקנו הקרקע יחד, ובנה האחד בית והאחד בא לבנות עליה על גביו. קמ"ל שיכול בעל הבית למחות בידו שלא לבנות עליה דיוטא על גבי דיוטא אלא כמנהג המדינה".

ובשו"ע חו"מ סי' קסד ס"ז פסק – "וכן בעל העלייה בונה אותה, אם רצה, כשהיתה. ואם בא לשנות הכותלים להרחיב ולהחזיק, אין שומעין לו, מפני שהוא מכביד על כותל התחתון". ועיי"ש ברמ"א ובש"ך סק"ו שאם אין השותפים נוהגין להקפיד, אזלינן בתר המנהג.

כפי הנראה המנהג היום שהשותפים נוהגים להקפיד, שלא לבנות בניה מסוג זה בלא רשות, אך כל הנ"ל עפ"י דינא דגמרא, אבל בנידון כזה בימינו, מלבד מנהג המדינה, הקובע עפ"י ההלכה, וכפסק הטור והשו"ע, בנוסף לכך, לפי המבואר לעיל, קיימת שותפות שלא היתה בזמן חז"ל, והיא מחייבת את הצדדים גם בלא בחינת מנהג המדינה המוזכר בתוספתא ובטור וש"ע.

והיינו בנידון דנן שבסגירת המרפסת משתנה צורתו החיצונית של הבניין ובניית החדר הנידון גרמה לצורת מבנה

מאי עשו תקנת השבים, כדי שלא יעלים הגולן שגזל ולא יעשה תשובה, ובקרקע לא שייך זה, דאי אפשר להעלימה". והט"ז כתב – "נראה הטעם דקרקע אינה נגזלת, ובעל כרחו יבוא אח"כ לידי השבה, דמצויים הם בעלי זרוע ליפול, כמ"ש המחבר בסי' קי"א ס"ג, משום הכי לא עשו תקנה בזה. משא"כ בקורות שאפשר שיתרקבו או שישרפו ולא יבוא לידי השבה".

וע"ע בשו"ת אור שמח ח"ב סי' יא שכתב דלא עשו תקנת השבים רק במקום דמתחייב מתורת גולן, וברשותו לקנות על ידי שנוי, בזה עשו חכמים כמאן דליתא בעינייהו משום פסידא דבירה ומשלם רק דמים. אבל קרקע דאינה נגזלת לא עשו תקנת השבים".

ועיין בפת"ש סי' שס סק"א שהביא מתשובת המבי"ט. וי"ל בזה שתי דברים, ראשית, דברי המביט נדחו על ידי המל"מ, ומש"כ בספר שער משפט לתלות דינו של המבי"ט בפלוגתא דרבוואתא, עי"ש, דחו לנכון בספר ערך שי סי' שס ובשו"ת אור שמח ח"ב סי' יא עי"ש.

מלבד זאת המבי"ט איירי שהבנאים השיגו גבול מבלי ידיעת בעל הבית שהעסיק אותם, ואינו דומה לנידון דנן שהנתבעים בנו תוך ידיעה שבמעשיהם הם פועלים ללא רשות התובע המתגורר בדירה התחתונה.

מפני שאין כאן שימוש גרידא, אלא לקיחת בעלות, ואינו רשאי לעשות כן אלא אם כן רכש זכות זו כדין.

וכדמוכח מפסק שו"ע סי' קנה סעיף מב שזכות שימוש בחפירת בית הכסא בחצר חבירו אינה כהשתמשות דמהני בה חזקת השתמשות, אליבא דשיטת המחבר בסי' קנג ס"ב הנ"ל, בלא טענה שרכש זכות זו אלא זוהי רכישת בעלות דלא מהני אם לא קנה זכות זו, וכמבואר בשו"ע סי' קנה שם, במש"כ "ואי טעין דזבניה ניהליה".

ד. כידוע, הגזול מריש ובנאו בביתו, אינו חייב לפרק את ביתו כדי להשיב את המריש, מפני תקנת השבים. אך אין הדבר כך במי שבנה בחצר חבירו.

הרשב"א בתשובה חלק ג' סי' קפח כתב – "שאלת, במסיג גבול ובנה כותל בחצר חבירו, והכניס הקרקע בתוך שלו כאמה, ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו; ועכשיו, בא בעל החצר להרוס כל בנינו; אם נדין בזה כדין מריש, או לא.

תשובה. לא עשו תקנת השבים רק במטלטלין, אבל בקרקע, לא אמרו שימכור זה את שלו, וישחית את נחלתו.

וכן פסק הרמ"א חו"מ סי' ש"ס ס"א – "גזול קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע".

ובאר הלבוש – "שלא עשו תקנת השבים בקרקע, דטעמא

סימן לח

עסקת תיווך בלא הסכם תיווך כחוק

ובביאור הגר"א חו"מ סי' פז ס"ק קיז כתב בלשון זו – "דין השדכנות, כתב מהר"ם שהוא מדין היורד לשדה חבירו שלא ברשות, שאם היתה שדה עשויה ליטע שאומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה כמ"ש בב"מ ק"א א', והוא כמו סרסור כמש"ל בסי' קפ"ה ס"י בהג"ה, וכמו שצריך ליתן לסרסור כמ"ש בב"מ ס"ג ב' ע"ש".

ובביאור הגר"א סי' קפה ס"ק יג, כתב – "פי' הר"מ טעמא דסרסור נוטל שכר, אע"פ שלא שלחו והסרסור בא מעצמו, כמו יורד לשדה חבירו ונטעה ואמרינן בב"מ ק"א א' איתמר היורד כו' ול"פ כאן כו'. וכן בסרסור כיון שהוא עשוי למכור ושם דההוא כו' א"ל לא בעינא כו' א"ל גלית אדעתך כו'".

הרי מבואר שהסרסור יקבל את שכרו, למרות שלא נשלח על ידי המוכר, אלא תיווך על דעת עצמו.

לעומת זאת מבחינת החוק - ביחס לתיווך במקרקעין, קיים חוק (חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996) המסדיר את נושא התיווך במקרקעין.

בסעיף 9 לחוק נקבע כדלהלן – "מתווך במקרקעין, לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת".

בבית הדין התקיים דיון בין התובע, מתווך דירות במקצועו, ובין הנתבע שמכר דירה באמצעותו.

התובע פנה אל הנתבע והציג עצמו כמתווך, והודיע לו על קונה המעוניין לרכוש את הדירה. ואמנם לאחר מכן, העסקה הושלמה והדירה נמכרה לקונה באמצעות המתווך. עד להשלמת העסקה, המתווך סייע לשני הצדדים להשלים העסקה.

התובע דרש תשלום עמלת תיווך בסך שני אחוזים, ואילו הנתבע בקש לדחות את התביעה, וטען שלא סוכם ביניהם על תשלום. וכן הוסיף לטעון, שמאחר שהמתווך עבד עבור הקונה וכבר קבל את שכרו מהקונה, סך אחוז וחצי ממחיר העסקה, אין לחייבו בתשלום נוסף.

בנסיבות אלו, בשאלת חובת התשלום למתווך קיים הבדל מהותי בין ההלכה הפסוקה להוראות החוק. על פי החוק אין חובת תשלום, אם הזמנת התיווך נעשתה בעל פה בלבד, וללא הסכם בכתב. אך עפ"י ההלכה הפסוקה, המתווך זכאי לדמי תיווך, גם אם הצדדים לא סיכמו מראש תשלום דמי תיווך, וכדין יורד לשדה חבירו העשויה ליטע.

הרמ"א בחו"מ סי' רסד סעיף ד' פסק - "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו".

דמלכותא דינא אלא בדברים שהמלך גוזר להנאתו כגון המכסים והמסיות וכיוצא בהן, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין לנו לדון אלא על פי תורתנו ... אלא אפילו לשאר פוסקים דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל.

לפי זה בנידון דנן, יש לתלות הלכה זו במחלוקת הרמ"א והש"ך. לפי דעת הרמ"א שהכריע בסעיף ח' כדעת היש חולקין ובצירוף דבריו בסעיף יא, גם עפ"י ההלכה יש תוקף לחוק. מאחר שהחוק חוקק על מנת להנהיג כללים ברורים ולהסדיר סדרים מתוקנים בשוק התיווך, ולמנוע טענות לזכויות בדמי תיווך במקרים בהם תרומתו של המתווך להשלמת העסקה היתה שולית או אינה ברורה. ויש מקום להגדיר את החוק, כחוק שנקבע "לתקנת בני המדינה". משא"כ לפי דרכו של הש"ך, מאחר שההלכה בעניין זה מפורשת וברורה, דינא דמלכותא אינו גובר על ההלכה.

יש מקום להוסיף טעם בהלכה זו, עפ"י דברי הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף נד: שבאר את ההלכה "דינא דמלכותא דינא" וכתב – "דינא דמלכותא דינא, כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא".

עפ"י דרכו, יש להגביל את כחם של קבלת בני המלכות לקבל את דיני המלך, בהתאם לעקרונות המבוארים לעיל, ומחלוקת הרמ"א והש"ך היא להגדיר בדיני ממונות מהו היקף כוחם של בני המדינה לקבל על עצמם חוקים הנוגדים את ההלכה.

ביחס להכרעה במחלוקת הרמ"א והש"ך, בספר ערך שי חו"מ סי' עג סעיף יד, נטה להכריע כשיטת הרמ"א אך לא קבע מסמרות, וכתב – "ברמ"א ס"ס ש"ט כתב היכא דדינא דמלכותא לתקנת בני המדינה אולינן בתרי", והש"ך סי' ע"ג סי"ד חולק, ובתומים ריש סי' כ"ו נוטה לדברי הרמ"א, וכן בשו"ת בית אפרים סי' ד' הביא דברי התומים ונוטה לדבריו, ובחתם סופר חו"מ סי' ס"ה כתב דהוי ספיקא דדינא ובחי' הרשב"א גיטין דף י' הביא דעות בזה עיי"ש ... לענ"ד עיקר כהרמ"א, דמבואר בפ"ק דב"ב ח: דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן, ולעיל סי' ב' מבואר דלכו"ע אם קבלו מדעת כולם בדיבור בעלמא נתקיים. וא"כ דינא דמלכותא שהוא לתקנת בני המדינה, הוי כהא דפ"ק דב"מ יב: עשו שאינו זוכה כזכה מ"ט עניים גופיהו ניחא להוא עיי"ש. ה"נ ניחא לבני המדינה, והמלכות שליחותיהו עביד. אף דעכו"ם לאו בר שליחות, כיון דאין צריך רק הסכמה ... סגי בהסכמה ונתנית רשות ... וה"נ הוי קבלו עליהן מדעת כולן".

ובספרו תשורת שי תניינא סי' נד חזר על דבריו בספרו ערך שי, וסיים – "אף דאין דעתי העניה מכרעת בין הרמ"א והש"ך, מ"מ אם בא יבא הדין לפני דיינן מומחה ויכשרו

בסעיף 14 לחוק נקבע כי מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה - הוא היה בעל רישיון לפי החוק בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20; הוא מילא אחר הוראות סעיף 9; וכן הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

עפ"י החוק, דרישת הכתב בהסכם תיווך, היא דרישה שאינה מותנית, דהיינו שאין דרך להסכים על ויתור על דרישה זו, ובלא שיעמדו בדרישות החוק. וגם אם המתווך הביא לקיומה של עסקת מקרקעין, הוא אינו זכאי לשכרו בהעדר הסכם תיווך בכתב.

יצויין שבעקבות החוק, המתווכים בכל הארץ משתדלים להזהר שלא לעסוק בתיווך במקרקעין בלא חתימה מוקדמת על הסכם בכתב, וזאת לאחר שבתי המשפט אינם מחייבים תשלום תיווך בהעדר עמידה מלאה בתנאים הקבועים בחוק.

בנסיבות אלו יש לברר, האם החוק משפיע על ההלכה ובעקבות החוק והמנהג, גם על פי ההלכה אין חובה לשלם דמי תיווך כשלא הושלמו התנאים הקבועים בחוק. כגון בנידון שבפנינו, שהתובע לא נהג בהתאם להוראות החוק ולא החתים את המוכר על מסמך מתאים.

יש מקום לתלות שאלה זו במחלוקת הראשונים בגדרי דינא דמלכותא שהובאה ברמ"א סי' שסט סעיף ח', וז"ל – "י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע. כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא. ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא. ולכן המלוה על המשכון, יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא, וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שנו" סעיף ז'".

ובסעיף יא כתב הרמ"א – "הנושא אשה במקום שדנין בדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו. לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר - כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בסימן כ"ו בשם תשובת הרשב"א). דלא אמרינן דינא דמלכותא, אלא בדבר שיש בו הנאה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק).

אך הש"ך סי' עג ס"ק לט חלק על הרמ"א, וכתב – "לפי ע"ד דברי הר"ב צ"ל ע"י בעיקר הדין שכתב הר"ב שלא יוכל למכרו בפחות משנה, שהוא דבר תמוה מאד לפי עניות דעתי, דכיון דעל פי דין תורה יכול למכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו לא תהא כזאת בישראל. ולא מיבעיא לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך, ולא בין איש לחבירו, וכן הסכים בשלטי הגבורים פרק חזקת הבתים סוף דף קפ"ט וז"ל, ונראה בעיני שלא נאמר דינא

נגד הדין תורה, לא מהני דינא דמלכותא נגד מלכו של עולם לעקור דין תורה ח"ו.

וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קסז שכתב לבסס המנהג לפסוק פיצויי פיטורין על יסוד דברי הרמ"א והש"ך בסי' שנו, הנזכרים.

הבית יצחק בתשובתו הנזכרת כתב סברות נוספות לתת תוקף לחוק שמירת זכויות יוצרים. סברא אחת כתב להסתמך על תשובת החתם סופר, וז"ל - "ועיין חתם סופר חח"מ סי' מ"ד, מבואר ג"כ דכל שהיא תקנה לטובת בעלי אומנים, מחוייבים להחזיק בדינא דמלכותא, וכ"ש הכא שהוא תקנה לטובת המחברים".

יצויין שתשובת החתם סופר מתייחסת לחוקים שהשלטונות קבעו להסדיר את סדרי העבודה והתשלום בין המתווכים, מכיון שזו תקנה לטובת בעלי האומניות. וה"ה בנידון דנן החוק קבע סדרים מתוקנים לטובת הקונים והמוכרים שידעו באילו נסיבות הם מחוייבים בדמי התיווך.

טעם נוסף כתב הבית יצחק - "גם י"ל, דדוקא מה שהוא נגד דין תורה להפסיד ממון על ידו, הדין תורה בתוקף, אבל בדבר שדינא דמלכותא הוא להפסיד מניעת הריחוק דלא מיקרי היזק. ההכרח מצד דין תורה, לקיים דינא דמלכותא, מה"ט דאבידה צריך להחזיר".

גם סברא זו מחזקת את פסק הדין בנידון דנן, שלא לחייב שכר טרחה למתווך שלא עמד בתנאים הקבועים בחוק.

העולה מכל האמור - יש מקום לתת תוקף לחוק שעיקר מגמתו לתקנת בני המדינה, ואף פשט המנהג בין הסוחרים לנהוג עפ"י הוראות החוק.

אמנם בהתאם לדרך זו, גם בחוק שעיקר מגמתו להסדיר סדרי מסחר וכיוצ"ב, אם החוק ביסודו מיוסד על השקפת עולם מובהקת כחילופית להשקפה התורנית, ועפ"י התורה לא היה מקום להנהיג מנהג סוחרים בהתאם לתפיסת עולם כזו, לא יהיה תוקף לחוק כזה. וכמו שכתב בתשובת חבצלת השרון חח"מ סי' ח' ששלל את התוקף של חוק הגנת הדייר וז"ל - "בשעת המלחמה דאז היה באמת עת לחץ ודוחק ... אבל עכשיו השכל גזור להיפך שזה עוול גדול נגד בעלי הבתים שמתקיים שורך טבוה וכו', וזרים שולטים ברכושם ואין להם מושיע ... ובפרט שידוע לנו שעיקר החוקת החוק הזה הוא בא ע"י איזו נבחרים חפשיים שיש בהם דעות ושיטות הקאמוניסטען וסאציאליסטען ללחוץ את העשירים ולקחת ממונם שכל אלו השיטות הם נגד דעת תורה, וחלילה לומר בזה שזה יהיה מקרי דין גמור עפ"י דעת תורתנו הקדושה".

אמנם ביחס לחוק הגנת הדייר, בספר אהל יהושע (להג"ר יהושע באמבאר) ח"ב סי' יא, בתשובה מבן המחבר, כתב אודות חוק זה, שאביו בתשובותיו סבר שלא לתת תוקף לחוק עפ"י דין תורה, עפ"י דברי הש"ך דלא מהני דינא דמלכותא לעקור דין תורה. אך חזר והוסיף - "אולם שמוע שמעתי מאחי הרב הגדול שליט"א, שאמור"ר זל"ה חזר

בעיניו וידין כמו שכתבתי אין להשיב כיון דדעת התומים ובית אפרים כהרמ"א ... ורש"ל כתב דהדיין יכול להכריע בפלוגתא דרבוותא, הובא באחרונים ובנה"מ בדיני תפיסה".

יש מקום לומר, שבנידון דנן אף לדעת הש"ך יש לחוק מעמד מחייב, וזאת אם למעשה נהגו עפ"י החוק.

ברמ"א ח"מ סי' שנו סעיף ז' כתב - "דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות, מכח דינא דמלכותא". וכתב על זה הש"ך סק"י - "דהכי נהיגי עכשיו כו' מכח דינא דמלכותא כו', ואע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג סי"ד באריכות דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתנו, מ"מ דיינין הכי, ומשום הכי דייק שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו, כלומר דגם בישראל נהיגי כן ... ואע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה וכמ"ש"ל סי' ע"ב ס"ק ל"ה וכמה דוכתי, י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן ודוק".

ובשו"ת בית יצחק חיו"ד ח"ב סי' עח כתב לאסור הדפסת ספרים בניגוד לזכויות יוצרים מטעם דינא דמלכותא האוסר לפגוע בזכויות יוצרים. וז"ל - "מצד דינא דמלכותא אסור במדינתנו להדפיס. וכת"ה שאל אם נאמר בכגון דא דינא דמלכותא הואיל שסותר לדין תורה. הנה בהלכות אבדה סי' רנ"ט מבואר דמציל מוטו של ים צריך להחזיר מצד דינא דמלכותא, ובסי' שני"ו מבואר דצריך להחזיר מכח דינא דמלכותא דהכי נהיגי. וכתב הש"ך דמצד המנהג חייב להחזיר. ולפי זה י"ל ה"ה בזה שכבר נהגו שלא להדפיס מיראת המלכות, חייב להחזיק בדינא דמלכותא".

ובספר מקצוע בתורה (להג"ר אריה ליב צינץ ז"ל) הלכות הלואה סי' עג ס"ק כה דן במחלוקת הרמ"א והש"ך, וכתב - "אפשר דכל מה שיפעול המנהג יפעול דינא דמלכותא ג"כ, דאם נפסוק עפ"י דינא דמלכותא הרי ממילא שיהיה מנהג קבוע כשנפסוק כן, ואמרינן בעניינים שהם תקנת בני המדינה יוקבע המנהג כן באמת. לכן במקח וממכר ושטר מתנה הנה מבואר בסי' ר"א דסיטומתא דהיינו רושם קונה באתרא דנהיגי למיקני קני ... א"כ כשנפסוק דינא דמלכותא לא יהיה נגד דין תורה שהרי כשיהיה מנהג קבוע יהיה עפ"י דין תורה כן, א"כ לא מקרי נגד הדת. אבל להאמין קרוב או פסול או עד אחד וכדומה, לפי שהתורה פסלתן בזה לא שייך לומר שיכולים להתנהג שיהיה עד אחד נאמן או קרובים ... לעשות חוק נגד התורה שיהיה ע"א נאמן או קרובים לא תהיה כזאת בישראל, וכן לקבוע חוק ומשפט לבטל ירושת הבעל חלילה וכדומה יותר עניינים שמפורשים בתורה ואין טעם להנהיג בענין אחר לא מהני דינא דמלכותא".

ובמסקנתו כתב הג"ר אריה ליב צינץ ז"ל - "והגם שאיני כדאי להכריע בין הרים גדולים, מ"מ הנכון כמ"ש, דבדברים שיש יכולת לתקן לתקון המדינה, שפיר מהני דינא דמלכותא שינהגו כן. אבל דברים שאין טעם לתקן שיהיה

דינא דמלכותא כיון שסו"ס עתה נהגו כולם בכך משום דינא דמלכותא, הדר דיניה כשאר כל מנהגי הסוחרים דדינא יתיב שמנהגם מנהג ולא מקרי נגד ההלכה, מכיון דאף בלי טעם דדינא דמלכותא אם נהגו בכך מנהגם מנהג, א"כ דינא דמלכותא לא מגרע המנהג, אלא אדרבה נותן לו תוקף יותר, וזה פשוט".

מסקנת הדברים

גם על פי ההלכה יש תוקף לחוק שנקבע להסדיר סדרי מסחר מתוקנים, אם למעשה כבר נהגו הסוחרים עפ"י חוק זה, והחוק אינו מיוסד על מערכת חוקים שנועדה להיות חילופית לדיני התורה, אלא תפיסת העולם העומדת מאחרי החוק היא לתקן תיקונים טובים ומועילים, ולא באה להשליט תפיסת עולם המנוגדת להשקפת עולם של תורה.

למרות האמור, בנידון דנן אמנם אין למתווך את האחוז המקובל כשכר טרחה למתווך, אך יש לשלם לו שטר טרחה בהתאם לשעות העבודה שהשקיע.

מסקנה דומה מצאתי בשו"ת מים רבים (להג"ר רפאל מילדולה ז"ל) ח"ד סי' כז שאמנם פסק לחייב שכר תיווך בשיעור המקובל, אך הוסיף – "מיהו, באותם המקומות שהסרסורים הם נקובים בשמות ופורעים מס למלך על האמונות שלהם, ושכרם קצוב כך למאה. ודאי שהשדכן אם אינו מהנקובים בשמות אינו יכול לתבוע כך למאה כפי קצבת הסרסור, אלא שמין לו שכר טרחה ויפשרו ביניהם על שיעור שכרו, וכן מסתבר והדברים פשוטים הם".

דהיינו, בתשובה זו קבע שאמנם המתווך אינו זכאי לשכר טרחה כפי האחוזים המקובלים לתשלום למתווך, וזאת בהתאם לחוק והמנהג שנהג בזמנו, שרק מתווך רשום ומוכר, המשלם מס על שכרו, יקבל בהתאם לתעריף זה. אבל אם אדם שאינו מתווך מקצועי עשה פעולת תיווך, אין חייבים לשלם לו את שכר התיווך הנהוג, אבל יש לשלם לו שכר טרחתו, ועליהם להתפשר בעניין זה.

עפ"י סברת תשובת מים רבים הנוכרת, גם כעת אמנם החוק פטרמהחובה לשלם את האחוז המקובל, למתווך שלא עמד בתנאי החוק. אך עדיין יש מקום לפיצוי עבור הטרחה שטרחה להשלמת העסקה. דהיינו ביחס למתווך העומד בתנאי החוק, יש לשלם לו כפי שסוכם מראש או כמקובל, בלא כל בחינה נוספת של היקף הטרחה וכיוצ"ב. אך כשאינו זכאי לכך, יש לשקול בכל מקרה לגופו לפצותו בהתאם לטרחה. ובודאי כשבית הדין הוסמך לפשר ביניהם, כפי נידון דנן, ראוי לפשר בקביעת שכר טרחה בכל מקרה לגופו.

על כן יש לברר מה היה היקף שעות העבודה שהמתווך טרח להשלמת העסקה, לקבוע תעריף לכל שעת עבודה, ולחייב את המוכר בהשתתפות במחצית שכרו.

מזה ואמר לו מילתא בטעמא, כי דברי הש"ך לא נאמרו רק בדורות הראשונים שכל נימוסי המלכות נחתכו ונקבעו רק על ידי המלך יועציו. משא"כ בדורות הללו שכל מדינה יש לה בית הנבחרים מכל המדינה (פארלאמנט) וכל החוקים נחתכים עפ"י הנבחרים האלה, מעתה כל מה שעושים ומתקנים לטובת המדינה הוה כקיבלו עליהם כל החוקים, יען שכל אנשי המדינה בוחרים צירים לבית הנבחרים ושולחים אותם לתקן להם תקנות טובות ומועילות, אשר על כן בדברים שבמזמון אף שהוא היפך מדין תורה יש להם הכח והעוז לתקן תיקון המדינה, וכל מה שעשו הנבחרים נחשב כמו שעשו הקהל בעצמם תקנה דשלוחו של אדם כמותו", עכ"ל.

אך לפי האמור, גם חוק שנחקק בבית הנבחרים של כל המדינה, יקבל תוקף מחייב בכפוף לכך שהחוק מיועד לתקנת בני המדינה ולא נועד להחליף דיני תורה ברורים כדיני ירושה או עדות, אלא בא לתקן תקנות שאין עניינם עקירת דיני תורה הקיימים. בנסיבות אלו לא יהיה כח החוק עדיף מתקנות קהל, שאינם רשאים לתקן תקנות שביסודן מיועדות ליצור מערכת חוקים חילופית לדיני תורה.

אמנם ידועה שיטת הר"ן במסכת נדרים (כח). שכתב – "כתבו בתוספות, דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ, אבל במלכי ישראל לא לפי שא"י כל ישראל שותפין". אך כבר כתב בחתם סופר בתשובה הנוכרת (חו"מ סי' מד) על שיטת הר"ן – "מ"מ נ"ל דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם ס"ל לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ, וא"כ יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אר"ה, אבל במנהגי ונימוסים כמו ב"ב נ"ד ע"ב מודה ר"ן, דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל לאר"ה".

מלבד זאת, הב"י בספרו לא הביא את שיטת הר"ן להלכה, ועיין בביאור הגר"א סי' שס"ט ס"ק לה שעל דברי הרמ"א בדעה ראשונה שם דדינא דמלכותא דינא רק במסים ומכס התלויים בקרקע כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, כתב הגר"א שדעה זו תואמת לסברת הר"ן. ומשמע שלדעה השניה שהרמ"א הכריע כמותה, דינא דמלכותא דינא בתוקף גם בארץ ישראל.

ובפד"ר כרך ה' עמ' 269 בפסק דין של ביה"ד הגדול כתב הגר"ע הדאיה ז"ל – "בעיקר הדבר, אם יש במדינת ישראל הכלל של דינא דמלכותא דינא, כבר הארכתי בספר ישכיל עבדי ח"ו סי' כ"ח, ובאתי למסקנה שיש דינא דמלכותא במדינת ישראל, ע"ש ואכמ"ל. אף דשם סיימתי בזה הלשון, שזה רק בדבר שאינו נגד ההלכה, הנה גם כאן לא היה זה נגד ההלכה כפי שביארתי ושאבאר - אם הסוחרים היו נוהגים בכך. ולכן אף שלא היה מנהגם בכך רק עתה ע"י

סימן לט

ביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים שסוכם מראש

כז סיון תשס"ד

לסיימו תוך שנה. לטענתו הוא אכן סיים לכתוב את הספר לפני חדש אב תשס"ג, דהיינו בפרק הזמן שנקבע מראש, כפי טענתו. לדבריו, גם בזמן שהתובע כבר קנה ספר אחר הוא אמר לו להמשיך לכתוב, ושיעשה מאמץ למכור אותו לאדם אחר. לדברי הנתבע, התובע בקש ממנו למכור את הספר ולכן מכר אותו. לשאלת בית הדין מדוע מכרו במחיר מוזל, ענה הנתבע "הוא אמר, אם יש לי משהוא שאמכור, ולא נקב סכום. לשיטתי הוא ביטל את העסקה ולכן הפסיד מכל העניין". לדבריו, מחירו הריאלי של הספר 26,000 דולר, אך מכיון שהיה לחוץ מכר את הספר בעשרים אלף דולר (סכום זה כולל את כל הספר, כולל הגהה ונרתיק ששולמו על ידי הנתבע).

נחלקו הצדדים בטענותיהם האם סך 20,000 דולר שסוכם היה עבור כתיבה מלאה, כטענת התובע, או עבור כתיבה בלא תיוג, מאחר שאת התיוג סוכם לתת לאדם אחר ושכרו עומד על סך 800 דולר.

סיכומי של דבר. מוסכם שהנתבע התחייב לעבודה קבלנית של כתיבת ספר תורה. נחלקו בטענותיהם האם פרק הזמן לסיום העבודה היה שנה וחודשיים עד לפסח תשס"ג או שנה וחצי. לטענת התובע, המועד לסיום העבודה היה פסח תשס"ג, והנתבע לא עמד בהתחייבותו. לעומת זאת הנתבע טוען שההתחייבות היתה לסיים את העבודה תוך שנה וחצי והוא עמד בהתחייבות זו.

יצויין שהעסקה בין הצדדים סוכמה בעל פה ולא נכתב דבר, על רקע זה התעוררו חילוקי הטענות ביחס לתנאי העסקה.

אין חולק שהספר נמכר במחיר מוזל, וכי בעת העסקה התובע לא ידע על כך דבר. התובע טוען שאמנם בקש מהנתבע שימכור את הספר, אך ללא ספק שלא היה מסכים למכור במחיר מוזל כפי שנמכר. הנתבע הודיע כי מצא לנכון לעשות כך, ולא חש להפסדו של התובע, מפני שלטענתו הלה אשם בכל העניין, כשסרב לשלם לו בסוף העבודה, ורצה למצוא מקום לגבות את שכרו.

האם העיכוב בביצוע העבודה גורר ביטול העסקה

יש לדון, אליבא דטענת התובע שהנתבע לא עמד בלוח הזמנים שסוכם מראש, האם עיכוב השלמת כתיבת ספר התורה בשלשה וחצי חדשים בקירוב, גורר אחריו ביטול העסקה.

מעיון בדברי הפוסקים עולה שאם שני הצדדים התנו בפירוש שיש לבצע את העסקה בפרק זמן מוגדר מראש,

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי התובע הרב מ. כנגד הנתבע הרב א., הצדדים חתמו על שטר בוררות כמקובל, והתקיים דיון שבו השמיעו את טענותיהם.

התובע ראש ישיבה בטבריה, והנתבע סופר סת"ם. הורי התובע בקשו להכניס ספר תורה לישיבה עבורם. התובע טוען כי בחדש שבט תשס"ב עשה עסקה עם הנתבע וסוכם שהנתבע יכתוב עבורו ספר תורה, והכתיבה תסתיים עד לחג הפסח תשס"ג. לדבריו סוכם שיקבל את שכרו לאחר השלמת כתיבת ספר התורה. לטענתו, סוכם שהנתבע יקבל עבור כתיבת הספר סך 20,000 דולר, כשכר עבור הכתיבה בלבד. התובע קנה בנפרד את הקלף וכן היה אמור לשלם בנפרד עבור הגהת הספר.

למרות שמלכתחילה סוכם על תשלום השכר רק בסוף העבודה, התובע נענה לבקשת הנתבע ושלם לו 10,000 ש"ח באמצע התקופה.

לטענת התובע, בסמוך לחג הפסח תשס"ג, התקשר לנתבע לברר האם סיים עבודתו, ולדבריו הלה השיב כי סיים רק שניים שלש יריעות בלבד, והתובע בקש לקבל את הספר עד ל"ג בעומר או עד חג השבועות לכל המאוחר, וזאת מפני שרצה לערוך הכנסת ס"ת בחג השבועות.

בל"ג בעומר התובע התקשר לנתבע, וכשהתברר לו שהלה כתב רק עד ספר ויקרא, ונוכח שאינו עומד בלוח הזמנים שסוכם עם הנתבע, הודיע לו שהוא קונה ספר אחר מן המוכן, ושכל אחד מהם ינסה למצוא קונה אחר לספר שהתובע כותב. התובע ערך הכנסת ספר תורה באלול תשס"ג, וסרב לקבל את הספר שהנתבע כתב, וזאת מפני שלא עמד בהתחייבותו לסיים את הספר כמסוכם.

התובע טען - "לא אמרתי לו שאני מבטל את המקח, רק אמרתי שזה ישאר השקעה ומתי שנמכור שיחזיר את הכסף".

לבסוף, הנתבע מכר את הספר לאדם אחר תמורת 20,000 דולר. המכירה נעשתה שלא בידיעת התובע, ובמחיר מוזל מהערך הריאלי של הספר.

התובע דורש מהנתבע החזר סכומי הכסף ששולמו לו, דהיינו את שכר העבודה שכבר שולם בסך 10,000 ש"ח ואת הסכום ששולם על ידו עבור הקלף, דהיינו 14,570 ש"ח, סה"כ 24,570 ש"ח.

הנתבע טען שמלכתחילה הודיע לתובע שהוא מתחייב לסיים את כתיבת הספר תוך שנה וחצי, ושיעשה השתדלות

התנאי, אין המקח מתבטל בכך. ומכ"ש בנ"ד שנראה שהזמן הקצוב ביניהם לא נעשה בדרך תנאי גמור, דפשיטא דאף הש"ך מודה להט"ז דבכל ענין, אף אם נאנס המוכר ולא יכול להעמיד הסחורה ליום המוגבל, דאם לא היה הזמן עיקר שהכל תלוי בו, לא נתבטל המקח בשביל זה, כמו שהביא הט"ז ראייה מהאי דסי' ק"צ דעייל ונפיק אזווי, והש"ך בנקודות הכסף דחה ראייתו משום דהתם לא פירש שמכר על תנאי זה, משא"כ הכא שמפרש כן ע"ש, אבל אם לא פירש, גם הש"ך מודה. דהא גם בהך דעייל ונפיק אזווי, אף שקצב זמן לפירעון בשעת המכירה, כל שלא ידעין בירור דלא זבין אלא משום דצריך לדמי, לא נתבטל המקח, אף שלא נתן המעות לזמנו, ואין יכול המוכר לבטל המכירה. ה"ה להיפוך, דאם לא נתן המוכר ללוקח המקח לזמן המוגבל, דאין יכול הלוקח לבטל המקח בשביל זה, אם לא היה הזמן עיקר שהכל תלוי בו, כמו בענין שכתב הט"ז שיעמיד לו סחורה על יריד פלוני שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי".

ובשו"ת בית אפרים חלק חו"מ סי' נו (הובא בקצרה בפת"ש סי' רז סק"ב) כתב בגדר החילוק בין מקרה שבו הזמן הוא עיקר או לא, כדלהלן - "לענ"ד נראה שהחילוק הוא היכא שהתחייב איזה דבר נגד חבירו, כגון פירעון או הזמנה לנישואין, שבאמת עיקר הצורך לחבירו הוא הפירעון או הנישואין, אלא שהוסיף לה גבול איזה זמן ג"כ לזה. אז אמרינן דבשביל שבטלה השבועה על הזמן לא בטלה השבועה על גוף הענין, וכמ"ש הט"ז שם סי' רל"ו. משא"כ היכא שנשבע על דבר לעצמו, כגון שנשבע להתענות ביום פלוני, אז שפיר אמרינן שהכוונה על היום ... החילוק לפי הענין, שאם הענין שנשבע לעשותו, עשיה זו נמשכת גם אחר הזמן, כגון בפירעון חוב, שעל ידי פריעה זו נפטר מזמן ההוא והלאה לדורותיו, או הזמנה לנישואין שעל ידי הזמנה זו שייך לומר שפטור להבא מן עשיה זו, ואם אינו עושה עדיין יש עליו חיוב זה להבא. משא"כ שנשבע לעשות דבר שאין הדבר עושה רושם רק ביום ההוא לבד כגון בנדר להתענות יום זה, שאין ענין העשיה נמשכת לימים שאחריו כלל, רק ליום זה לבד".

לפי זה, בנידון דידן, גם אם נקבל את טענת התובע במלואה, ואכן הנתבע לא סיים את כתיבת הספר בזמן שנקבע מראש. אם הצדדים היו מסכמים מראש בתנאי מפורש שאם הסופר אינו מסיים את כתיבת הספר במועד, העסקה בטלה ואינו זכאי לשכרו, היה מקום לבטל את העסקה עקב אי עמידה בזמן שנקבע. אך מאחר שלא נטענה טענה שנעשה תנאי מפורש כנ"ל, הרי שקביעת הזמן אינו דבר עיקרי בעסקה. הדבר העיקרי בעסקה הוא עצם כתיבת הספר והכנסתו לבית המדרש. מאחר שהנתבע עשה מאמץ לסיימו ועקב אילוצים אחרים שהיו מנת חלקו ולא הצליח לעמוד במועד המוסכם, אין העסקה מבוטלת, והתובע מחוייב בתשלום מלוא שכרו כפי שנקבע מראש.

ושעיכוב בביצוע העסקה יביא לביטולה, הרי שהעסקה מבוטלת אם אמנם ארע עיכוב ביצוע. אך אם לא נאמר בפירושו, שביצוע העסקה בזמן הקבוע מראש, הוא תנאי לקיום העסקה, אין לבטל את העסקה עקב עיכוב, אלא אם יתברר שקיימת אומדנא דמוכח, שאכן היתה כוונה לתלות את קיום העסקה, בעמידה בזמן שנקבע.

דוגמא לאומדנא דמוכח לביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים, מצינו בט"ז יו"ד סי' רלו ס"ק יג - "כגון מי שעושה מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פלונית ליריד, שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי, וארעו אונס למקבל שלא יוכל להעמידה לאותו זמן, אלא לאחר זמן, פשיטא שפטור אחר כך מלקבלה ... זה העושה מקח גם כן לא התקשר אלא אם יבוא לאותו זמן, כיון שהזמן גורם זה, והוא עיקר בו".

לעומת זאת, כדוגמא למקרה שהעיכוב אינו גורר ביטול העסקה, כתב הט"ז - "אם התנאי אינו דבר עיקר כל כך, ואירע אונס שלא יוכל לקיימו באותו הזמן, ודאי לא בטיל המעשה בשביל זה ... משום הכי נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זה את זו, והגבילו זמן לנישואין באותה שבועה, ואירע אונס באותו זמן שלא יכול אחד מהם לעשות הנישואין, ודאי לא בטלה עיקר השבועה לישא זה את זו, כיון שאין עיקר הזיווג תלוי בזמן ההוא".

לפי דרכו של הט"ז, יש לומר בנידון דידן שהזמן אינו מרכיב מהותי בעסקה. עיקר כוונת התובע לרכוש ספר תורה עבור הוריו, המבקשים שיכתב עבורם ספר תורה, מפני המצוה הגדולה שבדבר זה. מצוה זו נשארת במעמדה, גם אם יחול עיכוב במסירת הספר. פשיטא שעיכוב נישואין גרע טפי, ואפ"ה בעיכוב נישואין, אין מרכיב הזמן גורר ביטול העסקה, ובלבד שהעיכוב לא נעשה במכוון אלא מחמת אילוצין, "אונס" בלשון הט"ז.

ועיי"ש בש"ך בנקודות הכסף, שסבר שדברי הט"ז נאמרו גם במקרה שנעשה תנאי מפורש, ולכן הש"ך חלק על דברי הט"ז. אך מסתבר, כפי שהש"ך בעצמו כותב בסוף דבריו - "אפשר דגם בעל הטורי זהב מיירי בענין כזה, שלא נתפרש מתחילה שעושה כן על תנאי זה". אמנם הש"ך סיים שפשוט דברי הט"ז משמע דמיירי אף בתנאי מפורש, אך עיין בחו"א חלק חו"מ, ליקוטים, סוף סי' טז, שנראה שמסכים שהט"ז איירי בלא התנו בפירושו. אך מסתימת האחרונים שנקטו דברי הש"ך והט"ז כמחלוקת, עיין פת"ש חו"מ סי' רז סק"ב ובבית שלמה שיובא להלן, נראה שהבינו בדברי הט"ז דאיירי אף בתנאי מפורש.

עכ"פ אם לא התנו להדיא לתלות קיום העסקה בזמן, והזמן אינו מרכיב עיקרי בעסקה, הן לדברי הש"ך והן לדברי הט"ז, אין מקום לבטלה עקב עיכוב, כל עוד הזמן אינו מרכיב עיקרי בעצם העסקה.

ובשו"ת בית שלמה חו"מ סי' צה כתב, וז"ל - "גם הש"ך מודה דאם עשו תחילה המקח בסתם, ואח"כ עשו תנאים ביניהם, ואירע אח"כ אונס למוכר שאינו יכול לקיים כפי

יש לציין שגם אילו העסקה היתה מבוטלת, כטענת התובע, עכ"פ מאחר שהקלף היה שייך לתובע, הרי שדינו של הנתבע ביחס לכתיבת הספר לא גרע מדינו של יורד לשדה חברו ברשות. שהרי גם לאחר שהתובע קנה ספר חדש אמר לו שימשיך בכתיבתו, והיה דינו ליטול כאריס, דהיינו כשכר המקובל לכתיבת ספר תורה, וכפי הנראה היה מעט פחות מהשכר שנקבע במקרה הנוכחי ביניהם.

אין מקום לקבל את טענת הנתבע שיש להטיל אל התובע את הנזקים שנגרמו עקב ביטול העסקה. למרות שהעסקה בוטלה על ידי התובע שלא כדין, היה מוטל על הנתבע לפנות לבית הדין לתבוע את הצד השני, ולא לעשות דין לעצמו ולמכור את ספר התורה שאינו שייך לו, במחיר מוזל.

אמנם ביחס לשאלה אם התובע עבר על איסור "בל תלין" הדבר שנוי במחלוקת ראשונים והפוסקים. בשו"ע חו"מ סי' שלט סעיף ו' פסק - "נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות, וגמרה, כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר. נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין, שקבלנות היא כשכירות לפורעו בזמנו".

ובכה"ג שהאומן סיים מלאכתו ובקש לקבל שכרו, אך עדיין לא השיבו לבעה"ב, כתב השטמ"ק ב"מ דף קיב בשם רבינו יהונתן, דכל עוד החפץ ביד האומן הוא כמשכון בידו, ובעה"ב אינו עובר בבל תלין. וכן סתם במשנה ברורה בביאור הלכה סי' רמ"ב, שכתב "דוקא אם כבר הביא הפעולה לבית בעה"ב וקבל ממנו דאל"ה יש לבעה"ב עצה אחרת שלא לקבל ממנו ואז אינו עובר אפילו אם אמר לו הפועל בא וטול החפץ ממני ואיני רוצה לעכבו תחת השכירות, וכמו שכתוב בשטה מקובצת בב"מ דף קי"ב בשם הר"ר יהונתן ע"ש". וכן פסק בספר קיצור שו"ע סי' קפה סעיף ג' - "אבל כל זמן שהטלית ביד האומן אף על פי שנגמרה וכלתה מלאכתו, אין הבעל הבית עובר אפילו היא אצל האומן כמה ימים, ואפילו הודיעו שיביא לו מעות ויטול את שלו מכל מקום אינו עובר".

אך במאירי במסכת ב"ק (שם) כתב להדיא שאם השכיר תובע שכירותו ואינו מחזיר הטלית מפני שמתירא שלא ישלם לו, בעה"ב עובר על בל תלין למרות שעדיין החפץ ביד האומן. וכן פסק בספר ערוך השלחן חו"מ סי' שלט ס"ח ובספר דברי משפט סי' שלט.

דינו של הנתבע ביחס לספר התורה

כל עוד התובע לא שילם לנתבע את שכרו, היה הנתבע רשאי להשאיר את ספר התורה ברשותו, והטעם - "דתפיס ליה אאגריה" כמבואר במסכת בבא מציעא דף פז. אך לא היה רשאי לעשות דין לעצמו ולמכרו בפחות מערכו, עיין במסכת כתובות דף צח. "דאמרי לה מאן שם לך", ולפירוש ריב"ם והריטב"א היינו מפני שיש חשש לטעות בשומא. וע"ע בשו"ע חו"מ סי' קג ס"ח.

החזו"א (חלק חו"מ, ליקוטים, סוף סי' טז) נקט שאף אם לא התנו להדיא אלא שמתוך העניין נראה שכך היתה כוונתם, נידון כתנאי מפורש. וז"ל החזו"א - "בזמן הכתוב בחוזה לקיום המקח ולא נכתב בלשון תנאי, אלא פרטי הפסיקה. ונאנס המוכר ולא כתב לו בטאבו בזמן הפסיקה. אם התרה הלוקח במוכר בזמן האונס שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח, המקח בטל, דאע"ג דלא נכתב בלשון תנאי חשיב אומדנא דמוכח שלא נתרצה הלוקח להמתין על כרחו. אבל אם כבר עבר האונס ושתק, וכשהלוקח בא לבטל המקח המוכר מוכן לכתוב לו בטאבו, כל שלא נכתב בלשון תנאי אין כאן תנאי, ואין זה אומדנא דמוכח שהוא תנאי. דהרבה אינן מקפידין בכך".

הרי מבואר בדברי החזו"א, שגם אם לא נכתב תנאי מפורש שהמקח מותנה בהשלמת הרישום בטאבו ביום מסויים, "אם התרה הלוקח במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח", בכך התבררה האומדנא שלא התרצה להמתין בעל כרחו פרק זמן נוסף והמקח בטל. אבל בלאו הכי, בלא שנכתב תנאי מפורש, לא ניתן לבטל את המקח מפני העיכוב. מאחר ואין אומדנא דמוכח לדון כאילו התנו להדיא לבטל את המקח מפני עיכוב.

דברי החזו"א מיוסדים על דברי הט"ז הנוכחים, וכן על דברי הש"ך יו"ד סי' רלו בנקודות הכסף שם, וחו"מ סי' כא סק"ג, בהנחה שאין מחלוקת, אלא גם הט"ז איירי בלא התנו להדיא. ובוזה חידש החזו"א שקיימת אומדנא דמוכח לקיומו של תנאי "אם התרה הלוקח במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח". אבל בלא"ה, מאחר שעשו עסקה בלא תנאי מפורש, אף שסיכמו פרטי לוח הזמנים וכיוצא, אין הכרח שקביעת לוח זמנים יחשב לתנאי מהותי לעצם קיום העסקה. וזאת בהעדר אומדנא דמוכח לקיומו של תנאי.

דברי החזו"א התחדשה הלכה שלא הוזכרה באחרונים שדנו בדברי הט"ז והש"ך, והיא, שאם שהלוקח התרה במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל את המקח, בכך מתבררת למפרע האומדנא דמוכח לקיומו של התנאי, והעסקה בטלה אם הצד השני לא עמד בחלקו העיסקה. ואף אם העיכוב נבע מחמת אונס.

במקרה שלפנינו, התובע טען שאכן לא הודיע בפירוש לנתבע שהוא מבטל את העסקה, וגם לפי דרכו של החזו"א, בהעדר תנאי מפורש, אין מקום לטעון לאומדנא דמוכח.

בהתאם למבואר, אין צורך להכנס לביורור מי מהצדדים דובר אמת בשאלת פרק הזמן שנקבע להשלמת כתיבת ספר התורה, וגם אליבא דטענת התובע, אין לדון כאן דין ביטול מקח.

על כן בנסיבות אלו היה מוטל על התובע לשלם לנתבע את מלוא שכרו עם סיום עבודתו, ולא היתה הצדקה להלנת השכר.

אלא קציצה מדכר דכיר, וכן בשו"ע סי' פט סעיף ט' פסק - "בעה"ב אומר שנים קצצתי לך והשכיר אומר לא קצצת לי אלא שלש, לא תקנו חכמים שישבע השכיר כאן אלא המוציא מחבירו עליו הראיה". וכתב בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתפא מי שנתן לחבירו עסק או קרקע לתת לו בכל שנה ושנה בשכר טירחא מאה דינרין, והמקבל לקח מאתים ואומר מאתים קצצת לי והוא אומר מאה, אחר שאין עדים לא לזה ולא לזה כל שהכסף בידו ידו על העליונה, ושכיר הוא שתפס נאמן ונשבע היסת ונפטר.

על כן בשאלת התיוג הנתבע דינו של הנתבע להשבע ולהפטר, אך בית הדין נוהג שלא להשביע, אלא לפשר במקום השבועה. ונציין כי טענת התובע מתקבלת כטענה אמינה יותר מטענת הנתבע, ועל כן כדי להיפטר משבועה הנתבע יחוייב בתורת פשרה במחצית שכר התיוג שעלה 800 דולר.

סיכומו של דבר - התובע חייב להשלים לנתבע את מלוא שכרו כפי שסוכם ביניהם, ובכך יצא ידי חובתו בתשלום שכרו. וכן עליו לשלם עבור שאר ההוצאות שהוציא הנתבע עבור ספר התורה, כגון הגהה ומחצית משכר התיוג. ביחס לנרתיק, מסתמא התובע הסכים לקניית הנרתיק על מנת שיוכלו למכור את הספר תורה בשלימותו, מאידך המחיר המוזל שנקבע לכל הספר מתייחס גם לנרתיק. על כן בהתאם לכך הצדדים יקבעו את ההשתתפות של כל צד בערכו. מאידך הנתבע מחוייב לשלם לתובע את העלות המלאה של ספר תורה כפי ערך הספר שנמכר. ונראה שתשלום 25500 דולר כערך הספר שקנה התובע, משקף את המחיר של ספר תורה רגיל.

מאחר שלא הובא לידיעת בית הדין מחיר ההגהה והנרתיק, החישוב המדוייק יעשה על ידי הצדדים בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסק דין זה.

סימן מ

י' אב תש"ס

התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם

ומוערך מראש וללא צורך הערכת או שומת הנזק שנגרם לצד הנפגע. וכן נקבע פיצוי קבוע ומוערך מראש בסך 50 דולר ליום, על כל יום איחור במסירת החזקה בגג.

התובע אינו מבקש לבטל את ההסכם עקב הפרת ההסכם, אלא מבקש שבית הדין יקבע שהנתבע מחוייב לשלם סכום כסף בסך 55,500 דולר, הסכום שהצטבר עד היום עקב הפרת החוזה והעיכוב בביצועו, וכפי הקבוע בהסכם.

מאידך, הנתבע טען שכל העיכובים נבעו מגורמים שאינם תלויים בו, ועיקרם הקושי ברישום בטאבו על שם

התובע בקש מהנתבע שיעשה מאמץ למכור את ספר התורה, ועל כן מכירת הספר נעשתה ברשות התובע, שהוא בעל הספר. אך הנתבע לא היה רשאי למכור את הספר במחיר מוזל. בנסיבות אלו נראה שהנתבע מחוייב לשלם לתובע את ההפרש בין המחיר האמיתי של הספר למחיר בו הספר נמכר.

בשו"ע חו"מ סי' קפה סעיף א' פסק - "הסרסור, שליח הוא, אלא שנוטל שכר שליחותו. לפיכך אם שינה דעת הבעלים, משלם מה שהפסיד. כיצד, ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר ליה מכור לי זה ואל תמכור בפחות ממאה, והלך ומכרו בחמישים, משלם החמישים מביתו".

אמנם במקרה הנוכחי, התובע לא אמר בפירוש בכמה למכור את הספר, אך בודאי היתה כוונתו למחיר הקרוב למחיר האמיתי.

וכתב בספר נתיבות המשפט סי' קפה סק"ב על דברי השו"ע הנזכרים - "משלם החמישים. קשה, דהיה לו לומר שויה, דלא יהא אלא מזיק גמור דאינו משלם רק שויה. ודוחק לומר דמיירי ששואה מאה, והוא באופן שאי אפשר להחזיר המקח מצד האונאה. ולכן נראה דהטעם הוא, כיון דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גולן [ב"מ ע"ח ע"ב], לכך אמרינן מסתמא היתה כוונת השליח לתקן העיוות בכדי שלא יקרא מזיק וגולן, מה שאין כן בגולן ומזיק גמור דודאי כיון להזיק ולגזול, אינו משלם רק כשעת הזיקו וכשעת הגזילה ... וכשלא יתקן העיוות ממילא הוא כגולן במה ששינה מדעתו של בעל הבית, לכן תלינן שבודאי היתה דעתו לתקן העיוות כנ"ל".

על כן מסתמא הנתבע לא רצה להחשב כגולן על כן עליו לשאת בהפרש המחיר שהזויל את הספר לקונה.

ביחס לחילוקי הטענות בשאלה האם שכרו של הנתבע נקבע עבור כתיבה כוללת תיוג או בלא תיוג. נראה שדינם כנחלקים בקציצה, ובזה אין אומרים בעה"ב טרוד בפועליו,

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעת ממון של התובע א. מהנתבע ב.. התובע הציג בפני בית הדין "הסכם מכר" שנחתם לפני שנתיים בין הנתבע לתובע. ברשותו של הנתבע שטח של גג בית בצפת, ובהסכם זה הנתבע התחייב למכור לתובע את הגג, ולהסיר ממנו את העיקולים הרובצים עליו. כמו כן, המוכר התחייב להעביר את הרישום בטאבו על שם הקונה.

בהסכם (סעיף 7) נכתב כי המפר הסכם זה בהפרה יסודית יחוייב בסכום של - 10,000 דולר כפיצוי מוסכם

להתחייב בתשלום הנזק בלבד, ויכול להוסיף כי ישלם "במיטבא".

אך בספר מנחת פיתים (ח"מ סי' שכח בשיירי מנחה ס"ב) העלה לדינא, שמשמעות כל הפוסקים שאפשר להתחייב בסכום קצוב, כל עוד אינו סכום מופרז.

במקרה שלפנינו הסכום שנקבע באופן שרירותי, 50 דולר לכל יום איחור, הוא מופרז, כל עוד הוא רחוק מאד מלשקף נזק בסדר גודל העומד בסכום כזה, והתוספת שנרשמה בחוזה שזהו הסכום שנאמד מראש כפיצוי מוסכם, אינה פוטרת את הבעיה. על כן אין תוקף לסעיף זה. ומה שכתבו בהסכם שהסכום הנזכר מוערך כפיצוי קבוע ומוערך מראש, מאחר וברור לכל שלא היה נזק בסכום כזה, הרי שאין בכח ניסוח כזה לפתור את בעית האסמכתא, כל עוד לא התחייבו בדרך שאין בה משום אסמכתא.

וכן כתב בספר עמק המשפט (להג"ר יעקב כהן שליט"א) ח"א דיני חוזים והסכמים סי' לא – "זה פשוט לענ"ד, דכשמתחייב סכום מופרז או אע"פ שבחווה הוא מגדיר את הקנס "כפיצוי" ומוסיף "שסכום זה הוערך מראש בין הצדדים כסכום השווה לערך הנזקים וההפסדים שייגרמו כתוצאה מהפרת החוזה", מ"מ נראה דהוי אסמכתא. שהרי באמת ובמציאות זה לא ההפסד האמיתי והנזקים בפועל שנגרמו, וסוף כל סוף הוי כהתחייבות "לשלם אלפא זוזי". שהרי לא הפסידו סכום זה, אלא שמקבלים על עצמם לשלם סכום זה, וא"כ דמיא לקבלה על עצמו לשלם אלפא זוזי. וברור שאם אדם היה אומר אשלם אלפא זוזי שזהו ההפסד המוערך זה לא יועיל, וזה הוי כל שכן מהתם, וזה שהם מגדירים זאת "כהפסד" עדיין לא הופך את זה לנזק והפסד".

המנהג המקובל בבתי הדין

בטרם נכנס לביורר ההלכתי בשאלה זו, נציין כי סוגיא דעלמא בבתי הדין שלא לחייב תשלום פיצוי מופרז הקבוע בהסכם, כל עוד לא הוכח הנזק הממשי, נזק הראוי לחיוב מצד עצמו, גם בלא ההתחייבות שבהסכם, או כשהתחייב בפירוש לשלם את הנזקים הממשיים שייגרמו, לרבות נזקי גרמא.

להלן נביא כמה דוגמאות לכך, ונקדים שגם בבית הדין האזורי כאן בצפת פסקנו כך בעבר מספר פעמים. באחד המקרים הוגש עירעור על פסק הדין שניתן בבית דיננו, ובתאריך ז' תמוז תשנ"ד ניתן פסק דין בבית הדין הגדול בירושלים (בתיק מס' 10621/נג) ע"י הדיינים הג"ר משה טופיק שליט"א והג"ר יוסף נדב שליט"א והג"ר שלמה בן שמעון שליט"א, ובו נכתב - "האשה ערערה לפנינו על פס"ד של בית הדין האזורי בצפת מיום יד באייר תשנ"ג על הנאמר בו בסעיף א' שהבעל פטור מהקנס של 10,000 דולר ... בית דיננו החליט ביום כב בטבת תשנ"ד להחזיר התיק לבית הדין האזורי לנמק מדוע הבעל פטור מהקנס ... ראינו את נמוקיו של בית הדין האזורי באריכות בענין פטור הבעל מהקנס,

הקונה, עקב בעיות משפטיות שאינו יכול לפותרן באופן מיידית. לדבריו נעשה מצידו כל מאמץ לפתור בעיות אלו בהקדם.

השאלה העומדת בפנינו היא, האם בנסיבות אלו ובהנחה שההסכם אכן הופר, האם יש מקום לתביעת תשלום הקנסות שנקבעו בהסכם.

התחייבות לפיצוי מופרז דינו כאסמכתא

ראשית עלינו לברר את תוקף ההתחייבות לפיצוי מופרז. בגמרא במסכת בבא מציעא דף קד: נאמר, שהאומר לחבירו "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", זוהי התחייבות של אסמכתא ואינה מחייבת. אבל אם מתחייב "לשלם במיטבא", דהיינו תשלום ההפסדים שנגרמו לצד השני עקב הפרת ההסכם, ומתחייב תשלום "מיטבא", יש תוקף להתחייבות זו.

הרא"ש בתשובה דן בשאלת התחייבות ממון עקב הפרת הסכם לפרוע חוב בזמן. וז"ל הרא"ש (כלל עב סי' ז') - "ששאלת שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני, שיפרע כך וכך ממון לקנס, וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אם אותו קנס יגבה בבית דין. תשובה. דע, כי אסמכתא הויא כל היכא דגזים, כגון אם אוביר ולא אעביד, אשלם אלפא זוזי (בבא מציעא קד:). או אפילו לא גזים וליתא בידיה, הוי אסמכתא, כדאיתא בפרק איזהו נשך (עג:). האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין, ומסיק, דבין ביין זה בין ביין סתם, לא משלם ליה מידי, ומ"ש מאם אוביר ולא אעביד, אשלם במיטבא, התם בידו הכא לאו בידו. כללא דמילתא, לעולם הוי אסמכתא, עד דאיכא תרתי לטיבותא, לא גזים ואיתיה בידיה. ובגדון זה גזים, שקבל עליו קנס אם לא יפרע בזמנו, והוי אסמכתא. ואסמכתא לא קניא אלא בקנין מעכשיו ובבית דין חשוב, כדאיתא בנדרים (כ"ז:), וכן פסק ר"ח בשם רב האי גאון ור"ת ור"י ז"ל בעלי התוספות. אמנם, רב אלפס כתב בשם גאון, דלא בעי בית דין חשוב, ולא כתב לא טעם ולא ראייה, וכיון דרוב חכמי ישראל ז"ל כתבו דאסמכתא לא קניא אלא בבית דין חשוב, לא מפקינן ממונא אפומא דר"ף, והיכא דקיימי זוזי ליקיימו".

ולפי זה במקרה שנקבע סכום מופרז כקנס או כפיצוי, אין לכך כל תוקף, דהוי אסמכתא ולא קניא.

ויתירה מזו, הבי"ח סי' רז (עמ' נז במהדורת מכון ירושלים) כתב - "כך לי פוסק על עצמו עשרה זוזי, כמו פוסק על עצמו אלפא זוזי, משום דהוי אסמכתא גמורה שהיא בדרך גוזמא, שאומר אם אוביר אתן כך, והוא סומך בעצמו שלא יוביר, ולא גמר ומקני. אבל כשאומר אשלם במיטבא, אע"פ שהיא אסמכתא אינה כל כך דרך גוזמא כמו האסמכתא הגמורה, ודרך בני אדם הוא דכל כי האי גוונא, אע"פ שהיא אסמכתא גמר ומשעבר, ולפיכך תקנו שישלם".

הרי שלפי דעת הבי"ח בכל מקרה אין לקבוע סכום קצוב מראש לפיצוי, אף כשאינו סכום מופרז, אלא אפשר

ביטול החוזה או אחד מהסעיפים שבו, לתשלום קנס כספי. נראה פשוט שכל תנאים אלה דינם כאסמכתא, ואין הם גורמים לחיוב כלשהוא, ואף שלפעמים מכנים התשלומים כפיצוי, אם יש באמת נזק שחייב לפצותו, הרי כאשלם במיטבא, אבל אם אין נזק, או אפילו יש נזק אלא שסכום הפיצוי הוא יותר מהנזק, הרי כאשלם אלפא זווי, ושוב יש בזה אסמכתא, דהוי כגזים, ואע"פ שכותבים שהסכום נקבע כסכום מוערך מראש שזהו הנזק, נראה דלא נפיק מכלל אסמכתא, אלא שאפשר שאם הסכום המוערך מראש הוא בסכום סביר ויתכן שיהיה נזק כזה, אע"פ שלמעשה לא היה נזק בסכום זה, מועילה הקביעה מראש לעשות כלא גזים, וצ"ע.

חיוב תשלום פיצוי גבוה מכח סיטומתא

התובע צרף לתיק והציג לבית הדין תשובה של הרב שלמה זעפרני שליט"א מירושלים שהודפסה בקובץ "אור תורה" תמוז תש"ס סי' קיט, ומסקנתו לקיים חובת הקנסות הכתובים בחוזים משני טעמים. ראשית, דמאחר ותוקף החוזה מכח קנין סיטומתא, י"ל דבסיטומתא ליכא משום אסמכתא, וכפי העולה מתשובת החת"ס חח"מ סי' סו, ושנית, מכיון שבקבלת הקנס ניצל מלטותא דמי שפרע, גמר ומקנה.

אך לאחר העיון בדבריו, נראה שאין מקום לחייב קנס מופרז הקבוע בחוזה. אמנם מדינא, עיקרו של החוזה הוא בר תוקף וקונה מכח מנהג הסוחרים - קנין סיטומתא, מ"מ לסעיף הפיצוי אין תוקף כשהוא פיצוי מופרז, ונבאר את הדברים.

הבסיס לתת תוקף לאסמכתא כשנעשה במסגרת קנין סיטומתא, יסודו בתוספות במסכת בבא מציעא דף סו. ד"ה ומניומי, שכתבו בלשון זו - "בשאר אסמכתות אפילו מעכשיו, לא קני, אלא דוקא בבית דין חשוב. ומיהו קנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב, כיון שנוהגין בו כל העולם, מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (דף עד). דקניא. ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו". הרי שלפי הטעם הראשון בתוס', לכאורה אם אמנם הסוחרים נוהגים להתחייב בקנסות כאלו, יש תוקף להתחייבות כזו.

וכתב החתם סופר חלק ח"מ סי' סו וז"ל - "ומ"ש מעלתו דליקני מטעם סיטומתא, כמ"ש תוס' ב"מ ס"ו ע"א ד"ה ומניומי וכו' דקנס שעושים בשידוכין מהני כיון שנוהגין העולם, הו"ל כסיטומתא, וה"נ דכוותיה. בודאי כן הוא דבאסמכתא מהני מנהג העולם, וק"ו הוא מדבר שלא בא לעולם שכתב הרא"ש בתשובה כלל י"ג סי' כ' דמייתי ליה מעלתו דאם מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם מהני מטעם סיטומתא. ומ"ש במרדכי פרק ר"א דמילה בשם רבינו יחיאל במי שנדר לתת בנו למול מהני מטעם סיטומתא שכן נהגו אבל אם עדיין לא נולד הנער לא

והם ברורים ונכונים. לאחר שמיעת טענות הצדדים ועיון בחומר שבתיקים מחליטים - דוחים את עירעור האשה על סעיף א' שבפסק הדין".

ולהלן מספר דוגמאות נוספות של פסקי דין דומים.

בספר מנחת יצחק ח"ו סי' קע אות כג כתב בפסק דין במקרה שנידון בבית דינו - "ע"ד טענת המוכר היות שבשטר מכירה הנקרא הסכם, יש סעיף בזה הלשון - במידה והמוכרים יפרו הוראות הסכם זה, או שלא ימסרו את הדירה ביום וכו' יהא עליהם לשלם להקונה סכום מסוים כפיצוי קבוע ומוסכם מראש כנוק שיגרם כתוצאה מאי מילוי הוראות הסכם זה וישלמו זאת ללא כל ההתנגדות ... בנוגע לחייב את המוכר בקנס של כו"כ סכום גדול על שלא מסר הדירה בזמנו, אין לחייבו, דל"א נעשה בקנין באופן דלא יהיה כאסמכתא, דבודאי סכום הנ"ל ליתן רק משום אי קיום מסירת הדירה בזמנו וכיב"ז, הוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זווי, כיון דגזים הוי אסמכתא ולא קניא, כמבואר (בח"מ סי' ר"ז) עיי"ש, ורק אם היינו אומרים דבזה הסכום נפטר מכל החיוב ל"ש בזה אסמכתא כמבואר בדברי הח"מ וב"ש ונתיבות הנ"ל, אבל כיון דאמרינן דהמכירה קיימת בודאי הוי אסמכתא".

וכן בפסק דין של בית הדין הגדול בירושלים בהרכב הדיינים הגר"ע הדאיה ז"ל והגר"מ בן מנחם ז"ל והגר"י הדס ז"ל, הודפס בפד"ר ח"ג עמ' 154-131, פסקו שלא לחייב קנס בסכום גבוה שנקבע בהסכם שידוכין.

וכן בפד"ר ח"ד עמ' 42-30 בפסק הדין מבית הדין האזורי ברחובות פסקו שלא לחייב בתשלום הפיצויים והקנסות הקבועים בהסכם עקב אי מילוי תנאי ההסכם.

ובספר פסקים וכתבים - שו"ת בדיני חו"מ להגרי"א הרצוג, בסי' נט דן בשאלה זו, במסגרת דיון בערעור שהוגש על פס"ד של בית הדין האזורי בת"א, ובתוך דבריו כתב - "הרי אין לך עסק שיש לו איזו חשיבות שהיא, שאיננו נעשה בחוזה ושאינו בו סעיף המחייב פיצויים, ובכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא, וכאילו מפורש שנעשה בבי"ד חשוב (עין סי' ר"ז סט"ו), ועדיף מסיטומתא. אולם יש לי הרושם שגם בדינא דמלכותא אין מחייבים בסכום המלא של הפיצויים, כשהוא גבוה מדי, ועל כן יש מקום גם בדיננו, להבדיל, להפחית את הפיצויים במידה המתקבלת על הדעת, אף אם בטלה טענת אסמכתא ... ואע"פ כן, לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה לדרך לודאי שאין כאן הריעותא של אסמכתא, עד שתתברר יפה נקודה זו, ותבוא עליה הסכמת המורים".

הבאנו חמישה פסקי דין שונים שפסקו למעשה שלא לחייב תשלום של פיצוי מופרז. (גם הגרי"א הרצוג ז"ל, למרות שצייד לחייב, עכ"פ בסיכומו של דבר נמנע מלפסוק כן). וכן בספר פתחי חושן חלק ז' (קניינים) פרק כא בהערה כה כתב - "בזמנינו מצוי שבחוזים למכירת דירה או כיוצא בזה כותבים תנאים שונים ובהם מתחייבים במקרה של

אינו מעשה קנין על פי ההלכה, אלא שנהגו בו הסוחרים, מועיל להחשב כקנין, מאחר ובמעשה זה המוכר והקונה גמרו בדעתם, לקנות ולהקנות, ועינין בלשון הפרישה חו"מ סי' רא סק"ב - "ושם סיטומתא לפירוש רבינו חננאל נראה ששרשו, טס' והוא לשון נהרא טמימא (מו"ק ד:): שפירושו סתום, כלומר בזה נגמר ונסתם הקנין". וכתב הג"ר שמעון שקאפ ז"ל במערכת הקנינים סי' יא - "כל חפץ שנקנה ע"י מעשה קנין דרבנן מועיל גם מן התורה דקנינים אינם גזירת הכתוב, ויש מן האחרונים דסברי דסיטומתא באתרא דנהיגי למיקני ביה מהני גם מהתורה, ועיין בפת"ש חו"מ סי' קצח סק"ג, וכן משמע מחי' הרשב"א ב"ק ק"ב דענין קנין הוא גמירות דעת של הקונה והמקנה, רק שקבעו שתהא ההוכחה הזאת על ידי מעשה, ועל כן אם הסוחרים קבעו מעשה, מועיל המעשה הזה גם מהתורה, ולא גרע מה שקבעו חו"ל מקביעת הסוחרים".

לפי זה כל מעשה, שבהתאם למנהג, בעת עשיית אותו מעשה, נגמר המקח, מועיל להחשב כקנין מכח ההלכה דסיטומתא קניא. וזאת מאחר ובאותו רגע הושלם המעשה המוכיח את גמירות הדעת, ובמעשה זה המוכר גמר בדעתו להקנות, והקונה גמר בדעתו לקנות. אבל אם לפי מנהג הסוחרים, בעצם עשיית אותו מעשה עדיין לא הושלם מעשה קנין או מעשה ההתחייבות, ובאותה עת לא ניתן לדעת מהו שיעור ההתחייבות, האם בהתאם לסכום הנקוב, או בהתאם להערכה אחרת שתיעשה בהליך השיפוטי, אלא שיעור החיוב תלוי ועומד וממתין להכרעת גורם שיפוטי נוסף, אשר לפי חוק המדינה לו נתונה הסמכות לקבוע האם יש מקום לממש התחייבות זו, כולה או מקצתה, הרי שמלכתחילה ידוע ומוסכם שחתימה על הסכם כזה אינה השלמת גמירות הדעת להתחייבות זו, ואין במעשה חתימת החוזה משום סיטומתא.

מאחר ולפי הוראות החוק (חוק החוזים - תרופות בשל הפרת חוזה פרק ג') רשאי בית המשפט להפחית את שיעור הפיצויים במידה ונקבעו ללא כל יחס סביר לזנז שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה, הרי שמלכתחילה מנהג הסוחרים ושאר החותמים על חוזים אלו, בהם הוסכם על סכום פיצוי גבוה, מושתת על תפיסה זו שביחס לטעיק הפיצוי, החתימה על ההסכם אינה גומרת את ההתחייבות, לכאורה היה מקום לתת תוקף לחתימה על ההסכם, בטענה שמעשה קנין הסיטומתא הוא בחתימה על ההסכם ובצירוף החלטת הערכאה השיפוטית הדנה בנושא, ומכח הטענה שכך מקובל בין הסוחרים. אך אין מקום לסברא זו, מאחר שעצם החתימה על סעיף כזה אינה מביעה גמירות דעת, פשיטא שגם לאחר החלטת השופט לא הושלמה למפרע, גמירות הדעת להתחייבות. וכמו שהבאנו לעיל, מדברי הפרישה בשם ר"ח, שקנין סיטומתא ביסודו הינו קנין הנעשה על ידי מעשה הקובע את גמירות הדעת הסופית, באותו מעשה עצמו.

מהני דאין סיטומתא מועיל לדבר שלבל"ע, היינו מפני שלא נהגו לדור למוהל טרם שבא הנער לעולם, וזה ששינה מהמנהג לדור למוהל טרם בואו לעולם לא מהני סיטומתא. אבל הרא"ש בתשובה מייירי שנהגו לחכור דברים שלא באו לעולם, משו"ה מהני, וה"ה וכ"ש באסמכתא. וק"ו כזה כתב מהר"מ במרדכי פרק שור שנגח דו"ה סס"י מ"ד יע"ש, דכל טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה, וקני. אך כל זה, אי הוה מנהג כהאי אסמכתא דנידון שלפנינו, אך אני לא שמעתי מנהג זה מעולם, אדרבא בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדינא ודיינא, הא לן בדיננו והא להו בפליליהם וא"כ לא קני היהודי השני".

בהסתמך על תשובת החתם סופר, עלתה המחשבה לתת תוקף לקנסות עקב הפרת ההסכם, הנהוגים כיום בחוזים. אף לאחר העיון בדברי התוספות והחתם סופר נראה שאין מקום לחייב בתשלום פיצוי מופרז.

במש"כ התוס' לחייב בקנסות העושיין בשידוכין אפילו לא קנו בבי"ד חשוב כיון שנהגין בו והוי כסיטומתא, יעויין בפת"ש אה"ע סי' נ' סק"ט שהביא מהבית מאיר דאין לחייב אלא כשהוסיפו מעט על הנזק האמיתי שנגרם דאז הוי כמו המתחייב לשלם במיטבא, אך אם גזים וקבעו תשלום פיצוי של אלפא זוזי, אינו מחוייב, דהוי כאסמכתא, וע"ע באוצר הפוסקים סי' נ' ס"ק מא סק"ד שהביא מכמה אחרונים שהסכימו עם הבית מאיר. ויעויין בבית מאיר שהביא את סברת התוס' בת"י הראשון דהוי סיטומתא, ודבריו הנ"ל שהובאו בפת"ש, נאמרו אליבא דשני התיירוצים בתוס', ולדעת הבית מאיר לא תועיל סברת סיטומתא לחייב סכום מופרז, כעין "אשלם אלפא זוזי", אלא רק סכום הגבוה מעט יותר מערך הבושת שנגרמה, וכעין "אשלם במיטבא". וכך עולה מסתימת דברי שאר הפוסקים (הנזכרים) שהסכימו לדינא עם הבית מאיר.

וכן מדוייק בלשון הרא"ש בתשובה כלל לד' סי' ד' שכתב - "פסק רבינו יצחק הזקן ז"ל, דכל קנס של שידוכין לא הוי אסמכתא, דקיי"ל לא הוי אסמכתא אלא היכא דאין בידו לקיים, או גזים. אבל היכא דלא גזים, לא הוי אסמכתא. וכל קנס של שידוכין לא הוי אסמכתא, דאין כאן גוזמא ויתרון, אלא דמי בושתו הוא נותן לו".

ושם בסי' ב' כתב הרא"ש - "ואסמכתא לא שייך בשדוכין, דלא חשיב כגזים, כי דמי בושתו הוא".

ולפי זה גם בשידוכין, אם קבעו סכום קנס, סכום הנחשב מוגזם, מעל הפיצוי המקובל לתשלום עקב הבושה שנגרמה בביטול השידוך, התחייבות זו תחשב כאסמכתא, ולעניין זה לא תועיל טענת סיטומתא.

ועוד מלבד הנ"ל יש לציין שכפי הנראה מנהג העולם שלא לשלם בפועל סכומי כסף מופרזים, מכח הסעיף הקובע פיצוי גבוה, אך נקודה זו טעונה ברור עובדתי.

ביחס טענה המבקשת לתת תוקף מחייב לחתימה על ההסכם זה מכח ההלכה דסיטומתא קניא, ראוי להוסיף ולבאר - ההלכה דסיטומתא קניא, קובעת כי גם מעשה שמצד עצמו

שאינן כאן הריעותא של אסמכתא, עד שתתברר יפה נקודה זו, ותבוא עליה הסכמת המורים".

העולה מדברי הגרי"א הרצוג ז"ל הוא כי מבחינה עקרונית היה מקום לקבל את הסברא כי מאחר ויש תוקף לחוזה מכח סיטומתא או מכח דינא דמלכותא, על כן אין לפסול את תוקף ההתחייבות בטענה דהוי אסמכתא דלא קניא, אך היינו דוקא אם אכן כך מחייב דינא דמלכותא, וכך נוהגים הסוחרים, ובכה"ג דיינינן לחוזה כחוזה שכתוב בו דלא כאסמכתא ושנעשה בבית דין חשוב, אך במקרה בו נקבע סכום פיצוי מופרז, ליכא לדינא דמלכותא וליכא למנהג הסוחרים להתחייב בזה, ועל כן אין בסעיף זה כל תוקף מחייב.

והנה יש לדון דמש"כ הגרי"א הרצוג ז"ל ביחס להסכמים הנעשים כמנהג הסוחרים ובדרך המועילה בדינא דמלכותא - "בכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא, וכאילו מפורש שנעשה בבי"ד חשוב (עיין סי' ר"ז סט"ו)", דבריו יתכנו בשיטת הרמ"א חו"מ סי' רז סעיף טו שפסק - "י"א אף על גב דלא התפיס זכויותיו מהני, הואיל וקנו ממנו בב"ד חשוב, וכתב הרא"ש דהכי נהיגי עלמא". ולשיטה זו כתב הרמ"א שם - "אם צוה לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף על גב דלא קנו, מהני, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי".

אך שני הצדדים בדין תורה שלפנינו הם מאותם קהילות שקבלו עליהם פסקי מרן, ולשיטה זו גם אם קנו ממנו בפני בית דין חשוב לא מהני, וממילא לא תועיל סברת הגרי"א הרצוג שנאמר כאילו מפורש שנעשה ונכתב בבית דין חשוב. מאחר ולדעת מרן אין דרך להתגבר על הריעותא של אסמכתא, בקנין שנעשה בבית דין חשוב, וכמו שנבאר.

בשו"ע חו"מ סי' רז סט"ו פסק מרן המחבר - "אסמכתא שקנו עליה בבי"ד חשוב הרי זה קנה, והוא שיתפיס זכויותיו בבית דין והוא שלא יהיה אנוס, כיצד הרי שהתפיס שטרו או שוברו בב"ד וקנו מידו שאם לא יבוא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים והוא שיהיה בבי"ד חשוב".

בדבריו אלו דחה מרן מהלכה את שיטת הראשונים (שהביא הרמ"א) הסוברים דאין צורך שיתפיס זכויותו, וסגי בקנו מידו בבי"ד חשוב. ולפי שיטת הב"י הדרך המעשית לפתור את ההסכם שלא תהיה בו ריעותא של אסמכתא היא שינסחו את ההסכם כדרך שנהגו חכמי ספרד, וכפי שהביא בשו"ע בסעיף טז מלשון הרמב"ם, וז"ל - "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרים, ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו, ואם לא יהיה או לא יעשה הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו, ועל דרך זו היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכים ובכל הדברים הדומים להם וכן אנו נוהגים".

אך עלינו לציין, שדברינו אלו מתייחסים לסעיף הפיצוי בלבד, אך בשאר סעיפי ההסכם, מקובל בין הסוחרים כי חתימה על הסכם גומרת את ההתחייבות, ועל כן שאר סעיפי ההסכם מחייבים מכח ההלכה דסיטומתא קניא.

וכן פסק בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קע אות כ', ובתוך דבריו התייחס לדברי התוספות בב"מ והחתם סופר שהוזכרו לעיל, ח"ל המנחת יצחק - "ויש לדון עוד ממש"כ התוס' (ב"מ ס"ו ע"א ד"ה ומניומי) שכתבו וז"ל, ומיהו קנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בב"ד חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (ע"ד ע"א) דקניא עכ"ל, ואולי גם בנד"ד שייך מנהג העולם, אבל לדעתי אדרבה המנהג אצל בתי דינים לכתוב בכל כה"ג בכל לשון המועיל שלא יהיה בו אסמכתא, ושייך בזה מש"כ החת"ס (חו"מ סי' ס"ו), בנדון כהאי גוונא דנעשה באופן דהוי אסמכתא, והשואל כתב דליקני מטעם סיטומתא, וע"ז השיב דבודאי באסמכתא מהני מנהג העולם וכמבואר בתוס' הנ"ל, וק"ו הוא מדבר שלא בא לעולם דמהני סיטומתא, וכ"ש אסמכתא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה. ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה, אך כל זה אי הוי מנהג בהאי אסמכתא דנידון שלפנינו, אך אני לא שמעתי מנהג זה מעולם, אדרבה בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדינא ודיינא הא לן בדיננו והא להו בפלילים עכ"ד. וגם נידון דידן לא יצא מכלל הנ"ל".

מסקנת הדברים - למרות שלשאר סעיפי ההסכם תוקף מחייב כקנין סיטומתא, אפ"ה אין תוקף לאותו סעיף הקובע תשלום קנס מופרז, העומד היום על סך של כחמשים אלף דולר. יצויין שסכום זה גבוה בהרבה מערך הנכס נשוא הדין.

דיון בתשובת הגרי"א הרצוג בענין זה

להלן מש"כ בזה ספר פסקים וכתבים - שו"ת בדיני חו"מ להגרי"א הרצוג בסי' נט (שהבאנו מקצת דבריו לעיל) - "הרמ"א ז"ל (סי' ר"ז סעיף טו) מביא בשם הרשב"א ז"ל שאם הדבר קיים בחוק הממשלה, דינא דמלכותא דינא, ולית כאן משום אסמכתא, וכאן הרי החוזה על סעיף של הפיצויים תקף בדינא דמלכותא ולית כאן אסמכתא ... חוץ מזה, הרי אין לך עסק שיש לו איזו חשיבות שהיא, שאיננו נעשה בחוזה ושאינו בו סעיף המחייב פיצויים, ובכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא, וכאילו מפורש שנעשה בבי"ד חשוב (עיין סי' ר"ז סט"ו), ועדיף מסיטומתא. אולם יש לי הרושם שגם בדינא דמלכותא אין מחייבים בסכום המלא של הפיצויים, כשהוא גבוה מדי, ועל כן יש מקום גם בדיננו, להבדיל, להפחית את הפיצויים במידה המתקבלת על הדעת, אף אם בטלה טענת אסמכתא. הן אמת שיש דעת הרשב"א (בנדרים כה.) שבארץ ישראל אין מקום לדינא דמלכותא, אבל זה לא שייך לדעתי לדבר שהוא יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות, כגון קביעת פיצויים למנוע הפרת חוזים והוא מנהג המדינה ויסוד הדינא דמלכותא. ואע"פ כן, לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה לדון לודאי

מחלוקת הפוסקים באומר מעכשיו אי מבטל האסמכתא או לא, מ"מ בסעיף יד מסיק כהרמב"ם דמהני, וע"ז סמכו הסופרים לכתוב כן שטרי שידוכין".

לכאורה לפי דרך זו אם מועילה התחייבות מעכשיו, להסיר את הריעותא דאסמכתא הרי שבסיטומתא נוכל לומר דנעשה כמי שהקנו מעכשיו.

אך דעת המהרי"ט היא שבהתחייבות בעלמא, כעין ההתחייבות בנידון שלפנינו, גם אם היו מתחייבים מעכשיו לא היה מהני. וז"ל מהרי"ט ח"א סי' קלא - "ומיהו הא דאיתמר בגמרא דכי אמר ליה מעכשיו לא הוי אסמכתא, היינו בהקנה לו קרקע או מטלטלי ואמר לו קנה זה מעכשיו, דמההיא שעתא אית ליה ללוקח הנאה מיניה, דלכי מקיים תנאיה הרי היא שלו למפרע ... ולפי דרכינו למדנו שאי אפשר לסלק דין אסמכתא אלא א"כ יתחייב לגמרי, לא שהחיוב תלוי בתנאי כלל, אלא שהמחילה תלויה בתנאי".

הרי שלשיטת המהרי"ט אפילו אם היה כתוב מעכשיו לא היה מועיל א"כ היה חיוב מוחלט שאינו מותנה. וע"ע בפד"ר ח"ג הנזכר לעיל שהסתמכו על דברי המהרי"ט לפסול סעיף בהסכם הקובע פיצוי הדדי אף אם נוסח בלשון בו התחייב מעכשיו.

סיכומו של דבר, אליבא דשיטת הב"י, למעשה אין להוציא ממון אלא כשהתחייבות נעשתה בדרך של חכמי ספרד, וכמובן שלא ניתן לומר בכל חוזה המנוסח בדרך הנהוגה בין הסוחרים דנעשה כמי שהתחייבו בדרך חכמי ספרד. ולדעת מהרי"ט לא מהני אם כתבו, מעכשיו, וכן בדברי הב"י בבדק הבית שכתב "ולענין הלכה אין להוציא ממון כי אם על פי דרך חכמי ספרד", מפורש להדיא דלא מהני אלא שיתחייב בדרך של חכמי ספרד, ואי היה מהני שיתחייב מעכשיו היה הב"י כותב כן, ובספר תועפות ראם (הנזכר) "אנן בני מערבא דאזלינן בתר מרן הב"י מנהגנו לעשות בקנס שידוכין כתקנת חכמי ספרד". וכן הסיקו שם בפד"ר ח"ג.

על כן אין מרפא להסכם שלפנינו שנעשה על ידי שני צדדים הנוהגים כפסקי מרן, במה שנאמר דמאחר וכך נהגו הסוחרים, נידון כסיטומתא, ונעשה כאילו התחייבו בבית דין חשוב ומעכשיו.

ומש"כ הרב שלמה זעפרני שם מכח דברי החזו"א, עיי"ש בחזו"מ סי' טז סק"ט ד"ה ובאינו, ומבואר שם שסברתו דמהני הקנסות להצילו מלטותא דמי שפרע, כל זה רק כשהנידון הוא שהמוכר רוצה לחזור בו כשעדיין לא הושלם קניינו של הלוקח, וקאי על המוכר לטותא דמי שפרע, ובוה מהני תשלום הקנס להצילו מלטותא זו. אבל בנידון כנידון דידן, שהמוכר והקונה אינם מבקשים לחזור בהם מעיקר המקח, אלא שהמוכר לא עמד בלוח הזמנים הקבוע בהסכם, הרי שבכ"ג ליכא מי שפרע, וסברת החזו"א אינה שייכת.

ומש"כ שם במאמר של הרב זעפרני מכח פסק הדין של בית הדין הגדול שנרפס בפד"ר ח"ה עמ' 258 והלאה, המעיין

וכן באה"ע סי' נ' כתב הב"י בבדק הבית - "ולענין הלכה אין להוציא ממון כי אם על פי דרך חכמי ספרד". וע"ע בשו"ת עזרת כהן סי' נ' שהעלה שהנהוגים כפסקי מרן המחבר, אינם יכולים להוציא ממון אלא כשנעשתה ההתחייבות בדרך חכמי ספרד.

ובפד"ר ח"ג עמ' 147 בפס"ד מביה"ד הגדול (שהזכרנו לעיל) כתב - "ואם כנים אנחנו בדברינו בדעתו יוצא לענין שלפנינו שהנדון הוא בין ספרדים, ישנו עוד צד וחזוק מתשובת מהרשד"ם לזה שאין להוציא מיד המוחזק נגד דעת הרמב"ם והסוברים כוותיה ... ועיין בספר באר מים חיים אה"ע סי' ז, ח, תשובת מהרי"ש שכתב שם דלהרי"ף והגאון והרמב"ם וחכמי ספרד זה הקנין שנוטלים בקנס של שדוכין הוי אסמכתא דלא מהני מעכשיו ולא דרך קנין ולא בבית דין חשוב, אלא באותה דרך של חכמי ספרד, ושיכול המוחזק לומר קים לי כותיהו, וכמ"ש מו"ר הרב ז"ל בספר דבר משה ח"א ... וכמ"ש הרב בני יעקב ד' ק"י ע"א א"כ יכול המוחזק לומר קים לי כסברת חכמי ספרד וכפירוש הני רבותא שכתבנו לעיל ומה גם שכתב הרב ב"י אה"ע סי' נ' בב"ה דלענין מעשה אין להוציא ממון אלא עפ"י דרך חכמי ספרד. ועיין בספר שערי רחמים ח"א חו"מ סי' ס"ז ... כתב בסוף, על כל פנים לדין בני א"י דקבלנו הוראותיו, אין לנו למעבד עובדא חלילה הפך דעת מרן הב"י ז"ל, ומעתה מחמת כל הנ"ל, הדבר ברור שכיון ששטר השדוכין שבנ"ד אינו עשוי בדרך חכמי ספרד, אין להוציא ממון מיד המוחזק כפסק מרן הב"י ז"ל שקבלו הוראותיו בני ספרד ועדות המזרח בפרט אלא היושבים בא"י".

לכן מכיון שסעיף הפיצוי שבהסכם זה אינו מנוסח בהתאם לשיטת חכמי ספרד, הרי שלקהילות הספרדים שקבלו עליהם פסקי מרן, אין מקום לחייבו בתשלום פיצוי על הפרת ההסכם דהוי אסמכתא.

ואין מקום לטענה דנעשה כמי שנכתב כראוי, דהיינו בדרך חכמי ספרד. דהניחא, בהתחייבות שהיא בפני בית דין חשוב, הרי שזו אותה התחייבות, אלא שנעשית בפני ב"ד חשוב וגמר ומתחייב, משא"כ בהתחייבות הנעשית בדרך של חכמי ספרד שהיא מבחינה מהותית התחייבות אחרת לחלוטין.

אמנם המחבר בשו"ע סי' רז סעיף יד כתב דרך נוספת שאין בה משום אסמכתא, וז"ל - "כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה שאילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו".

ובאוצר הפוסקים אה"ע סי' נ' ס"ק מא אות א' כתב ביחס למנהג הספרדים, וז"ל - "ובתועפות ראם (להר"ר אנקאוה) סי' קמ כתב, דאנן בני מערבא דאזלינן בתר מרן הב"י מנהגנו לעשות בקנס שידוכין כתקנת חכמי ספרד, ויש סופרים שאינם עושים כן אלא עושים קנין למתחייב כמ"ש הרא"ש כו', וכדי לבטל האסמכתא קונין ממנו שמחייב את עצמו במעשה ומעכשיו, כי הגם שהב"י בחו"מ סי' רז הביא בזה

משלם, דלשם הכי ירד כדמוכח מההיא שמעתא, הלכך כיון דגזים, כל דבריו כמאן דליתנהו דמי והעמיד על דינו כאילו לא אמר כלום ומשלם מה שהפסיד, אבל הכא כשתסלק דבריו לא מיחייב מידי. ונ"ל כדבריו ולא מטעמיה אלא כדפרישית לעיל, שכיון שנהגו לכתוב בו, אף אם לא כתב מיחייב לשלם מאי דאפסיד, הלכך ה"נ כשתסלק דבריו העמידו על דינו וישלם מאי דאפסיד".

יש מקום לברר שתי נקודות -

א. כיצד נקטינן להלכה, האם כשיטת הרי"ף או הרא"ש.
ב. מה הביאור בשיטת הרי"ף, ובאילו מקרים מחייבים בתשלום נזק, האם בכל מקרה שנגרם נזק בעקיפין, המתחייב מחוייב בתשלום.

בשו"ע חו"מ סי' שכח סעיף ב' פסק - "לא עבדה, אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו. ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא, ואינו חייב לשלם, אלא נותן כפי מה שראויה לעשות בלבד".

מפשטות לשון השו"ע, היה נראה לומר שמרן המחבר לא הכריע במחלוקת הרי"ף והרא"ש, שהרי בין להרי"ף ובין להרא"ש איתא לפסק זה, שנותן לו כפי מה שראויה לעשות, ולא יותר מכך. לשיטת הרי"ף - מכח התחייבות המקבל את השדה, ולשיטת הרא"ש - מפני שכיון שנהגו לכתוב בו, אף אם לא כתב מיחייב לשלם מאי דאפסיד".

ועיין בבית יוסף סי' רו (אות יג (א) ד"ה ובמה שכתב שכתב בתוך דבריו בלשון זו - "הג' דבר שהוא בידו לגמרי וגזים, כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי כיון דגזים הוי אסמכתא ... וכתבו הרי"ף (סא): והרא"ש (פ"ט ס"ז) והרמב"ם בפרק ח' מהלכות שכירות (הי"ג) דאף על פי כן שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותנין לו. להרי"ף משמע דהוי מדינא דבכלל שעבוד אלפא זוזי ישנו לשעבוד כמה היא ראויה לעשות, ולהרא"ש מטעם שנהגו לכתוב אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ואף על פי שלא נכתב ככתוב דמי".

נראה מלשון הב"י שלא נחית להכריע במחלוקת זו. ועיין בסמ"ע סי' שכח סק"ג שנקט בדעת השו"ע שהלך בשיטת הרא"ש, לעומת זאת בביאור הגר"א נראה שהכריע כרי"ף ובהתאם לכך פרש את דעת השו"ע כדעת הרי"ף.

ויש להוסיף בזה. הרמ"א בסי' שכח ס"א כתב "ואפילו לא כתב לו כך כמאן דכתב דמי", ועיי"ש בבאר הגולה במה שתמה על הרמ"א. וכתב בזה החות יאיר סי' קסח (הובא בפת"ש סי' שכח סק"ב) שהגהת הרמ"א הוכנסה ע"י המדפיסים לסעיף א', אך זוהי טעות סופרים ולמעשה דברי הרמ"א שייכים לסעיף ב'. ולפי זה נראה שכוונת הרמ"א לפסוק כדעת הרא"ש, ועל כן הוסיף שהתשלום שמחוייב לשלם כפי מה שראויה לעשות, אינו נובע ממה שכתב לו, שהרי אף אם לא כתב לו כלל היה מחוייב בזה, "ואפילו לא כתב לו כך כמאן דכתב דמי".

שם יראה שאין ללמד משם אלא לריעותא אחרת של אסמכתא, אסמכתא הנובעת מהספק הקיים אם יגיע למצב שבו יתחייב לשלם, אך לא להסכם הקובע פיצוי מופרז, שלא גמרה דעתו להתחייב. ומלבד זאת, באותו פסק דין הצטרפו סברות נוספות למסקנתם.

האם המתחייב בקנס מופרז מחוייב בתשלום חלקי

- פיצוי סביר

השאלה העומדת בפנינו היא האם במקרה בו הנתבע התחייב בקנס מופרז עקב הפרת החוזה, ובית הדין אינו מחייבו בתשלום הסכום המופרז, האם עכ"פ יש לחייבו בתשלום הנזקים הממשיים שנגרמו לו.

שורש הדיון בשאלה זו, נעוץ בסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא דף קד: - "ההוא גברא דקביל ארעא א"ל אי מובירנא לה יהיבנא אלפא זוזא, אוביר תילתא. אמרי נהרדעי בעי למיתב ליה תלת מאה ותלתין ותלתא ותילתא. רבא אמר אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ורבא מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא התם לא קאמר מילתא יתירתא הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא גוזמא בעלמא הוא דקגזים".

וכתב הרי"ף - "ומסתברא לן דמיחייב ליתן מאי דאוביר בשוה, דלא קאמר רבא דהוי אסמכתא אלא בההוא שיעורא יתירה דהוה ליה גוזמא ולא קני, אבל שיעור מאי דאוביר בשוה יהיב, ובכי האי מילתא לא אמרינן אסמכתא היא. דהא תנן שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו, דכיון דשיעור מאי דאוביר בשוה הוא דיהיב שיעבודא שיעבד נפשיה וגמר ומקני, ה"נ מאי דאוסף על שיעוריה דראויה לעשות הוא דהוי אסמכתא ולא שיעבד נפשיה. אבל שיעורא דראויה לעשות, דאיתא בכלל אלפא זוזי, שיעבודא משעבד נפשיה ומיחייב ביה ומאי דפייש עלה אמרינן אסמכתא היא ולא מחייב בה. ואשכחן לרבא גופיה בכי האי גוונא לקמן (דף קט א) בענין ההוא שתלא דאמר אי מפסידנא מסתליקנא בלא שבחא, ואמר רבא אסמכתא היא ולא קניא ואקשינן מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ומשנינן התם מאי דאפסיד משלם הכא מאי דאפסיד מנכי ליה ואידך יהיבין ליה, והאי נמי דאלפא זוזא דכוותא מאי דאפסיד והוא מאי דאוביר משלם ואידך לא".

והרא"ש (סי' ז') הביא את לשון הרי"ף וכתב על דבריו - "ולא הבנתי ראיותיו. הא דאייתי ראייה ממתניתין ליתא, דבמתני' כתב ליה אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, ואי לא כתב לא מחייב מידי, מדתלי טעמא שכן כתב לו. אבל הכא דאמר יהיבנא לך אלפא זוזי לא כוון אלא להגזים, לא שיעבד עצמו לכלום. דאי אפשר לחלק דבריו ולומר על מאי דגזים לא שיעבד עצמו ועל השאר שיעבד, אלא כל דבריו כמאן דליתנהו דמי, ואין כאן שיעבוד של כלום. ומה שהביא ראייה מההיא שתלא ליתא, דהתם בלא דברי השתלא אף אם שתק ולא אמר כלום, דין הוא דמאי דמפסיד

ואין לקבל אפילו מקצת ממנה, אלא רק בכגון העובדא של אם אוביר ולא אעביד, וכסברת הרא"ש.

וע"ע בשו"ת דברי מלכאל ח"ג סי' קנה שהעיר בנידון השו"ע סי' ס"א ס"ה, דלשיטת הרי"ף היה מקום לחייבו בהפסד הממשי שנגרם. עכ"פ התומים התעלם משיטת הרי"ף, ופשיטא ליה דלהלכה נקטינן כהרא"ש ושכן דעת השו"ע.

ב. שיטת הבית מאיר. עיין ספר בית מאיר על אה"ע סי' נ' סעיף ו' (תחילת דבריו הובאו בפת"ש סי' נ' סק"ט) שכתב במי שהתחייב בשידוכין פיצוי מופרז על הפרת השידוך, דהוי אסמכתא, ואין לחייבו גם בפיצוי בסכום סביר. וכתב הבית מאיר לבאר - "ואף דגבי אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא פסקינן דמ"מ מחויב כפי הראוי, עיין בב"י ח"מ סי' שכ"ח הטעם בשם הרא"ש דלא יהא כאלו לא כתב כלל, משא"כ הכא בלא כתב כלל הוא פטור".

מבואר דהבית מאיר פשיטא ליה דלהלכה נקטינן כשיטת הרא"ש ועל כן לא הזכיר כלל משיטת הרי"ף. וכן כתבו בדעת הבית מאיר בפד"ר ח"ג עמ' 149, שנקט להלכה כרא"ש.

ג. שיטת שער משפט. בספר שער משפט, בשני מקומות, נקט בפשיטות דהלכה כרא"ש. בסי' סא סק"א הביא את שער משפט את מחלוקת הרי"ף והרא"ש, ולאחר שהביא דברי הרא"ש כתב - "והכי פסקו הטור ושו"ע בסי' שכ"ח ס"ב". וכן בשער משפט סי' קכט סק"ד הביא רק את שיטת הרא"ש והסמ"ע, ומבואר בדבריו דפשיטא ליה דהכי נקטינן להלכה.

ד. בספר דברי גאונים כלל עח סעיף כ' כתב בתוך דבריו - "הב"י פסק בחו"מ סי' שכ"ח כדעת הרא"ש הנ"ל באם אוביר ולא אעביד דפטור מכלום". וכתב שם לבאר סברת הרא"ש - "באם אוביר ולא אעביד דאמר אשלם אלפא זוזי, כל דיבורו שיצא מפיו הוא אסמכתא, ושיעור לשלם רק במיטב, לא הזכיר כלל בדיבורו. ואין לנו שום הוכחה על המקצת הזה דגמיר ומקני לשלם במיטב, אדרבה, הוא אמר אלפא זוזי, נראה שרק לאסמכתא נתכוון".

ביאור שיטת הרי"ף

ברי"ף מבואר שאמנם אין מחייבים אלפא זוזי, עכ"פ מחוייב לשלם במיטב, וכמו שכתב הרי"ף - "אבל שיעורא דראויה לעשות, דאיתא בכלל אלפא זוזי, שיעבודא משעבד נפשיה ומיחייב ביה".

ויש לדון האם חיוב "שיעורא דראויה לעשות" נובע ממעשה התחייבות, או מטעם אחר.

בספר קרית מלך רב (להג"ר יהודה נבון ז"ל בנו של המחנה אפרים) הלכות מכירה פי"א ה"ו סבר שהחיוב אינו נובע מכח מעשה התחייבות.

בתחילה הביא מדברי הב"י חו"מ סי' רז שכתב - "מצאתי להר"ן שכתב בפרק גט פשוט (ב"ב קסח. ד"ה ולא) וזה לשונו - בידו לגמרי, היינו אוביר ולא אעביד, לא הויא אסמכתא.

ומן הראוי להביא כאן מתשובת מהרש"ם חלק ז' סי' ט' שנשאל "ע"ד הדין ודברים שבא לפניו בראובן ששכר אצל שמעון ריחים של קרשים על זמן גם קנה אצלו עצים גדולים ועבים לעשות מהם הקרשים, ועשה שטר שבאם לא יתנם לו לזמן הזה ישלם לו אלף כסף, והריחים יהיו ביד ראובן עד שלא ימצא עוד שום עץ עב ביער, ושמעון לא קיים התנאי ולא נתן העץ לזמנו ונשאר העץ ת"י שמעון".

בתוך דבריו כתב מהרש"ם - "הנה מה שנתחייב בקנס אם לא יתן העץ בזמנו, לכאורה הוי אסמכתא. ואף דיש לשער כמה היוק יגרום לו דלפי השיווי של ההיזק לא הוי גוים, מלבד די"ל דתליא בפלוגתת הרי"ף ורא"ש בב"מ פרק המקבל סי' ז', דלשיטת הרי"ף חייב לשלם מה שהפסיד עכ"פ, ולשיטת הרא"ש כיון דגוים להתחייב יותר מן ההפסד בטל הכל. וע"ע ברמב"ם וראב"ד פכ"ה ממלוה הי"ג דנראה שנחלקו ג"כ בסברא זו, אך די"ל דבנ"ד גם מה שיגרום לו היזק לא הוי ברי היזקא, דהא יכול לקנות עוד עץ במק"א, משא"כ בהא דאם אוביר דהוי היזק ברור".

הרי שמתשובת מהרש"ם עולים שתי נקודות חשובות -

א. לדעת הרי"ף יש לחייב רק אם ברי היזקא, דומיא ד"אם אוביר ולא אעביד", ולא כשהיה יכול למצוא לעצמו פיתרון חילופי.

ב. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפכ"ה ממלוה הי"ג, ביסודה היא מחלוקת הרי"ף והרא"ש, ורק הראב"ד סבר שיש מקום לחיוב חלקי, אך הרמב"ם לא הסכים לסברא זו, ועיין במגיד משנה שדחה סברת הראב"ד, ועיין שו"ע חו"מ סי' קלא סי"ג ובסמ"ע ובש"ך.

וע"ע בהמשך דברי מהרש"ם.

ומצינו שכמה מגדולי הפוסקים נקטו בפשיטות כשיטת הרא"ש, ומבואר מדבריהם שהלכה כשיטת הרא"ש.

א. שיטת התומים. בשו"ע חו"מ סי' סא סעיף ה' פסק - "שטר שכתוב בו שיפרע ההוצאות על הכפל, אסמכתא הוא ואינו גובה". וכתב התומים ס"ק יא - "על הכפל. זהו גוזמא, ולכך הוי אסמכתא. אבל אם מתחייב לשלם רק הוצאה שהיתה לו, זהו אינה אסמכתא, כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דלית ביה אסמכתא, סמ"ע. ונראה דכיון דהוי אסמכתא, אפילו מה שהוציא אין צריך לשלם. ולא דמי לאם אוביר אשלם אלפא זוזי דפסק המחבר לקמן סי' שכ"ח דמ"מ במיטבא חייב לשלם, דהתם אף דלא כתב ליה כלל, מ"מ חייב לשלם במיטבא דדרשינן לשון הדיוט. אבל כאן שאין מחוייב לשלם הוצאה רק מן סירובו ואילך כשלא כתב לו, וכתובה זו, הואיל והוא אסמכתא, אין בו ממש כלל והוי כאלו לא כתב כלל".

מבואר שהתומים נקט בפשיטות בדעת השו"ע שפסק כהרא"ש, ועל כן פסק שאם התחייב התחייבות שיש בה אסמכתא, אין מקום לחיבו, אפילו בתשלום אותם הוצאות שנגרמו לו, שאינן בגדר התחייבות מוגזמת, וזאת מאחר שמעיקרא ההתחייבות היתה אסמכתא, התחייבות זו בטלה

לו לא יוכל לקנות לו. כך כתבו התוספות באיזהו נשך (עד. ד"ה הכא) ובפרק זה בורר (כד: ד"ה כל)."

ובשו"ע חו"מ סי' רז סעיף יג פסק המחבר - "וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם, אע"פ שהם בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה ואם לא יהיה או לא תעשה לא אקנה ולא אתן לך, אע"פ שעשה או שהיה הדבר, לא קנה, שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה". ויש לציין שהמחבר השמיט הדין במקרה דומיא דאם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא, ליכא ריעותא דאסמכתא, ואכמ"ל בזה. אך הרמ"א כתב - "ויש אומרים דג' חלוקין בדיני אסמכתא, דכל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שא"ל קנה לי יין ממקום פלוני ואם לא תקנה תחייב לי בכך וכך, דזה אינו תלוי בו דדילמא לא ירצו למכור לו, הוי אסמכתא בכל ענין ולא קני. ומה שיש בידו לעשות אם לא גזים, כגון שאמר אם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטב, לא הוי אסמכתא, וקניא. אבל אי גזים ואמר אם לא אעבוד אשלם אלפא זוזי, הוה אסמכתא ולא קניא".

ויש לציין כי הבי"ו והרמ"א שכתבו בחמרא דזולשפוט דלא הוי בידו, מטעם דשמא לא ימכרו לו, כתבו כן על פי דעת רוב הראשונים, עיי"ש ברש"י וברא"ש, וכן בשו"ת מהר"ם מרוטנברג דפוס פראג סי' רצח כתב - "התם מסיק רב אשי אפי' ביין סתם נמי לא, דאסמכתא לא קניא. דלא דמי לאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא, דהתם בידו והכא לאו בידו, דמי יימר דמזבני ליה. ומה"ט נמי לא דמי למבטל כיסו של חבירו, דהתם בידו לעובדה ומזיק בגוף הקרקע במה שהובירה".

ובריב"ש סי' שח כתב בלשון זו - "והא דאמרינן גבי ההיא דרב אשי, דכיון דלאו בידו הוי אסמכתא, התם, אע"ג דלא תלה בדעתו לגמרי, מ"מ תלה תנאו בנוהג שבעולם, שמוציאין שם, בפרוותא דזולשפט, ברוב השנים וברוב הזמנים יין הרבה בזול, ומוכרין לכל אדם, והוה כתולה בדעת עצמו, והוי אסמכתא, דלא גמר ומקני. ומשום טעמא דמי יימר דמזבני ליה לא הוי פושע, ולא קנסוהו לחייבו, כיון דמן הדין הוא פטור לא דמי לאם אוביר דהוי פושע גמור".

הרי מבואר שאם מילוי ההתחייבות תלוי בדעת אחרת, אף שמסתבר שיצליח במה שהתחייב, עכ"פ אינו נחשב לגמרי בידו, ואינו דומה לאם אוביר ולא אעביר.

ועיין בספר אמרי בינה דיני הלואה סי' נג שתמה על הדרכי משה והסמ"ע בסי' סא שכתבו לדון את המתחייב לשלם ההוצאה אם לא יפרע, כדין אם אוביר ולא אעביר אשלם במיטבא, וכתב האמרי בינה - "התם בידו כמבואר במסכת ב"מ (דף ע"ד), אבל לחייב את עצמו אם לא יפרע לזמנו שישלם לו ההוצאות לאו בידו, וכמבואר בנימוקי יוסף סנהדרין פרק זה בורר שכתב שאם לא יתן לו עד יום פלוני אסמכתא הוא דוה הוי בידו ולא בידו, דדעתו שיהיה לו זוזי באותו זמן, ומ"מ לאו בידו ממש ... גם בנידון זה דחייב את

ומיהו כבר כתבתי בסוף פרק איזהו נשך (עג: ד"ה התם) שדעת רבינו האי לומר אפילו היכא דבידו לגמרי, בעלמא הוי אסמכתא, אלא דבאם אוביר תקנת חכמים הוא עיין שם עכ"ל".

וכתב קרית מלך רב שגם הרי"ף סובר כדעת רב האי גאון, ולפי זה כתב - "מ"ש הרי"ף בפרק המקבל דאם אמר אשלם אלפא זוזי משלם כנגד מה שהפסידו, הוא משום דבכלל שעבוד אלפא זוזי ישנו כמה היא ראויה לעשות בו, הכי קאמר דחכמים לא עשו התקנה אלא משום דהוא גם כן נשתעבד, אבל אה"נ דמה שנשתעבד לא היה כלום משום דהוי אסמכתא, אלא מתקנת חכמים, וחכמים עשו כן משום שהפסיד לחבירו".

ועיי"ש שבהתאם לדרכו, הג"ר יהודה נבון ז"ל הסיר מהרי"ף את קושיות הרא"ש, ולפי דרכו, אין יסוד לחייב עפ"י שיטת הרי"ף, אלא בשיעור נזק בלבד.

אך גם אם לא נקבל את דרכו של הקרית מלך רב, ונתפוס את לשון הרי"ף כפשוטו במה שכתב - "שיעורא דראויה לעשות, דאיתא בכלל אלפא זוזי, שיעבודא משעבד נפשיה ומיחייב ביה", ושרש החיוב נובע מהתחייבות ולא מטעם אחר, עכ"פ יש לקבוע שלשיטת הרי"ף בכה"ג שהתחייב אלפא זוזי, אנו תופסים בדבריו רק את ההתחייבות המצומצמת של מיטבא, והתחייבות זו אינה אסמכתא. אבל במקרה שגם אם יתחייב להדיא את ההתחייבות המצומצמת, לא נוכל לחייבו, מכיון שזוהי אסמכתא, לית דין ולית דיין שאם התחייב התחייבות מוגזמת שנחייבו באופן חלקי בשיעור ההתחייבות שאינה מוגזמת.

לפי זה יש לקבוע כי דוקא במקבל שדה מחבירו וקבל על עצמו שאם יוביר ישלם אלפא זוזי, פסק הרי"ף לחייבו במיטבא, מאחר ועכ"פ התחייבות של "אשלם במיטבא" הינה התחייבות שאין בה ריעותא דאסמכתא, מאחר ובידו לעבוד ולא להובירה. משא"כ כשמתחייב לשלם, תשלום שאינו מופרז, התלוי בדבר שאינו בידו לגמרי לעשותו. וכמבואר במסכת בבא מציעא דף עג: - "אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אויל אפרוותא דזולשפט ... רב אשי אמר אפילו סתם נמי לא, מאי טעמא אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא". ופרש רש"י - "אסמכתא היא - אפילו הבטיחו, ואמר אם איני קונה לך אפרע משלי, אין זו אלא אסמכתא, הואיל ולא קנו מידו". ובהמשך הגמרא שם - "ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן אם אוביר ולא אעביר, אשלם במיטבא. התם בידו הכא לאו בידו".

וכתב הבית יוסף סי' רז - "נמצא לפי זה דארבעה חילוקים בדבר. הא' דבר שאין בידו כלל ... הד' דבר שהוא בידו קצת ולא לגמרי, אף על גב דלא גזים כי ההיא דחמרא דזולשפט, כיון שהוא בידו קצת מעיקרא לא גמר ואקני, דסבור הוא שימצא יין למכור שאם האחרים לא ירצו למכור

הדירה לאחר שתושלם, אינו בכלל זה. מה עוד, שבעת הנכס הוא גג בלבד, ומי יימר שיוכל לסיים את כל הבניה ולהתגבר על מכשולים רבים העומדים בפניו, שאין כאן המקום להאריך בהם.

ועיין בחו"מ סי' סא בסמ"ע ס"ק יב, וז"ל הש"ך סק"י - "כתב בסמ"ע ס"ק י"ב, דוקא בכה"ג שקיבל עליו לשלם כולי האי הוי אסמכתא, אבל בקיבל עליו לשלם ההוצאה לא הוי אסמכתא, כיון שנתחייב לשלם מה שמפסידו. ובוזה יישב מה שהקשה בד"מ מהך דאם אוביר ולא אעביד לקמן סימן ר"ז ומביאו הב"ח. מיהו אם היתה לו סחורה מזומנת לקנות וטוען שהיה לו ריוח בו, אף שכתוב בשטר שנתחייב לשלם כל מה שמפסידו, פטור, וכמ"ש הב"י בשם תשובת הרשב"א. והטעם, דמניעת הריוח לא קרי הפסד כדאיתא בירושלמי הביאור הפוסקים, המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בניזקין דפטור, ותו, דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף היה מגיע הפסד, כ"כ הב"ח". ובערוך השלחן סעיף יא כתב - "ונ"ל דדוקא מניעת הריוח מעסק שאינו קבוע אצלו למחייתו לא מקרי היזק, אבל מעסק קבוע אצלו למחייתו שפיר מקרי היזק, ולא הוי אסמכתא. וכן אם הפסיד לו על ידי זה מסחר יריד הקבוע מזמן לזמן שפיר מקרי היזק".

ונראה שלדעת הש"ך, התחייבות לשלם נזק שנגרם, אינה נחשבת לאסמכתא, אף שמעיקרא התחייבות זו היא התחייבות מסופקת, והמתחייב סבר שיפרע במועד ולא יגרמו הוצאות. ומאחר והנידון הוא - תשלום נזק, בזה הש"ך לא חשש לקושיית האמרי בינה, שהבאנו לעיל. אך גם לשיטה זו, הפסד שבעיקרו אינו אלא מניעת ריוח, אינו בכלל נזק והתחייבות לשלמו יחשב כאסמכתא, ולדעת ערוך השלחן, רק מניעת ריוח של מסחרו הקבוע, או של יריד קבוע שמניעת הנזק היא ברורה ומוחשית, ואינה אסמכתא.

בנידון דידן שהשכרת חדרים לעת עתה אינה מסחרו הקבוע של הקונה, וכמו כן אינו דומה ליריד קבוע שהזכיר ערוך השלחן, מאחר ועדיין חסרות פעולות רבות להשלים הבניה להביא לידי כך שיוכל להשכיר את המבנה, ויוכל להשתתף ביריד השכרת הדירות בעונת התיירות. ולכן גם לשיטת הש"ך וערוך השלחן, אין מקום לחייב בהוצאות אלו. סיכומו של דבר, בדיון שהתקיים טען הנתבע קים לי כשיטת הרא"ש. אך לפי המבואר בדברינו - הסמ"ע התומים הבית מאיר השער משפט ובספר דברי גאונים נקטו בפשיטות שלהלכה נקטינן כדעת הרא"ש ושכן דעת השו"ע, ואין צורך לטענת קים לי. מלבד זאת, גם לדעת הרי"ף אין לחייב אלא כגון נידון "אם אוביר ולא אעביד", שבידו לעבוד וכשאוביר ולא עבד הוי פשיעה, ולכן אם התחייב לשלם אלפא זוזי, נשארת ההשתעבודות לשלם במיטבא. משא"כ אם גם אותה התחייבות שאין בה גוזמא, הינה התחייבות הנידונת כאסמכתא, לא יועיל לחיבו גם אם היו פוסקים להלכה כשיטת הרי"ף. ועל כן התחייבות לעשות מעשה שהוא בידו

עצמו אם לא ישלם לו בזמנו לשלם לו הוצאותיו, אף דלא גזם לעשות מילתא יתירתא, כיון דלאו בידו לגמרי לא גמר להתחייב, דאומדן דעתיה הוא שלא אמר כן אלא משום דסבר שודאי יהיה לו זוזי".

וע"ע בספר ערך שי חו"מ סי' יא שהביא דעת היש"ש והב"ח דלא מהני מה שכתב לו שישלם הוצאותיו, אפילו בלא גזים, והביא את הד"מ והסמ"ע שכתבו לדון זה כדן אם אוביר וכו', והערך שי הביא סייעתא ליש"ש והב"ח מכמה ראשונים שבארו דאם אוביר הוי בידו ופושע הוא במה שלא עבד, ועל כן מחוייב, עיי"ש.

במקרה שבפנינו שנכתב בהסכם בין הצדדים בסעיף 7.3 - "במקרה בו לא תועבר החזקה לקונה במועד, כאמור בהסכם זה, והקונה יבחר לדרוש את אכיפתו של ההסכם, ישלם המוכר לקונה פיצוי קבוע ומוערך מראש בסך בשקלים חדשים השווה ל - 50 דולר לכל יום של איחור במסירת החזקה".

נראה לומר בזה כמה דברים - א. מסתבר לומר שהנידון שלפניו דומה למקרה המבואר בגמרא בקבל עליו למיזבן חמרא, שבאר הב"י - "כיון שהוא בידו קצת מעיקרא לא גמר ואקני, דסבור הוא שימצא יין למכור, שאם האחרים לא ירצו למכור לו לא יוכל לקנות לו".

גם בנידון שבפנינו ההתחייבות מעיקרא הינה התחייבות שהיא אינה לגמרי בידו, להסיר את כל העיקולים והמניעות שהתגלו בדרך להעברת הגג על שמו של הקונה. על כן אפילו אילו היה המוכר מתחייב להדיא, לשלם סכום שאינו מופרז, מאחר והדבר אינו לגמרי בידו, וכפי שהתברר בפועל, שעמדו מכשולים רבים שעיקבו את השלמת העברת הגג בטאבו, אינו דומה לאם אוביר ולא אעביד שהכל בידו לעבוד כראוי, אלא דומה לעובדא דחמרא דקא אזיל אפרוותא דזולשפוט.

ב. אין מקום להכנס לבירור השאלה האם המוכר פשע בעיכוב העברת הנכס בטאבו, מאחר ומעיקרא ההתחייבות היא אסמכתא. בספר נתיבות המשפט סי' רז סק"ט כתב - "קנה לו יין. נראה דאפילו אם הם רוצים למכור לו, והוא לא רצה לקנות בפשיעה, ג"כ פטור, דכך הוא הלשון בש"ס ופשע ולא זבין. דכיון דתחילת החיוב באסמכתא הוא, לאו חיוב הוא".

וכן הסכים בספר אמרי בינה דיני הלואה סי' נג, והביא שכן כתב הדרישה סי' רז, וכתב האמרי בינה במי שהתחייב לשלם ההוצאות אם לא יפרע - "אף אם היה לו מעות בעינא, ולא שלם לו בזמנו, ועשה המלוה הוצאות טרם שנעשה סרבן בבית דין, מ"מ כיון שלא גמר להתחייב את עצמו, אין מוציאין ממנו".

ג. גם אילו היו כותבים להדיא בהסכם שלפנינו שהמוכר מתחייב לשלם לקונה את כל הנזקים וההפסדים שיגרמו לו מעיכוב השלמת המכירה, יש לדון שאין בכלל זה אלא נזק ממש, אף שאינו אלא בגרמא, אבל מניעת רווח של השכרת

המשפט לממשו, יתכן ויוציאו ממון, שאינו שלהם על פי דין תורה, ויחזיקו גזלה בידם.

בנידון דנן במידה שרצו להסדיר פיצוי בגין הפרת ההסכם, היה עליהם לנסח את החוזה ולהתחייב בדרך של חכמי ספרד המבוארת בשו"ע חו"מ סי' רז סעיף טז, ובכך היה סעיף הפיצוי בתוקף, ובלבד שההתחייבות המוחלטת שאינה מותנית, תהיה בסכום סביר, שקיימת גמירות דעת להתחייב בו.

ב. גם במקרה שנערך חוזה בדרך כזו שסעיף הפיצוי על הפרת ההסכם אינו מנוסח כראוי, אמנם אין מקום לחייב ממון מכח סעיף הפיצוי, אך עכ"פ המוכר מחוייב בחובה גמורה לעמוד בהסכם ולעשות כל אשר בידו למלא את ההסכם ככתבו וכלשונו, במועד המוקדם ביותר ולהמנע מעיכובים מיותרים.

ולא בידו, מכיון שתלוי בדעת אחרים, דומיא דהמבואר בגמ' ב"מ עג: גבי חמרא אפרוותא דזולשפוט, נידון כאסמכתא גם כשלא גזים, וכמו שפסק הרמ"א בסי' רז. ובמקרה שמתחילה ההתחייבות הינה התחייבות שאינה בתוקף, אין נ"מ אם המתחייב פשע בדבר, וכמו שפסק הנתובות. על כן בנידון דידן אין מקום להכנס לדין עד כמה הנתבע התרשל במילוי התחייבותו.

בשולי הדברים נוסף שתי נקודות.

א. ראוי להעיר לשני הצדדים שלפנינו שהם יהודים שומרי מצוות, שבעת עריכת חוזה, אין די ביעוץ משפטי של עורך דין על מנת לקבוע את ניסוחו המדוייק של החוזה על פי החוק, ויש להוועץ עם אדם הבקיא בדיני ממונות, על מנת שהחוזה ינוסח כראוי לפי דין תורה, ובלא כן לא יוכלו לממשו בעת הצורך במסגרת בית הדין. ואילו יפנו לבית

סימן מא

טענת הקונה על פגם בסחורה ותביעה להשבת צ'ק שנגבה שלא כדין

כב אדר ב' תשס"ג

הנתבע טוען שהסחורה היתה פגומה כבר בעת קבלתה, אך התובעים טוענים, כי מאחר שהתולעים נמצאו לאחר ארבע שנים, קיים סיכוי סביר שהסחורה נפגמה בביתו של הנתבע, מאחר שתולעים כאלו יכולים לעבור באויר מרהיט אחד לשני, ויתכן והתולעים עברו מרהיט עץ אחר פגום שלא סופק על ידם.

למעשה בפנינו ספק, האם הסחורה סופקה כסחורה פגומה, או שנפגמה בבית הלוקח, אך קשה ואף בלתי אפשרי לברר ספק זה ולהוכיח כאחד הצדדים, ועלינו לקבוע על מי מוטלת חובת ההוכחה. וכן מי יחשב כמוחזק, האם בנסיבות הנוכחיות הנתבע מוחזק, לאחר שכבר פדה את הצ'ק בסך 70,000 ש"ח.

על מי מוטלת חובת ההוכחה

קיי"ל במסכת כתובות דף עו: - "כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה". וכתב הרא"ש סי' טז - "פירשו חכמי אשכנז וצרפת דכל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ממון שבידו, מדפריך לקמן והוא ספקא ברשות טבח אתיליד והיינו להחזיק".

והטור חו"מ סי' רכז כתב - "לא מיבעיא כאן שהוא בא להוציא, אלא אפילו להחזיק מה שבידו עליו להביא ראיה. כגון שלקח בהמה מחבירו ושחטה ומצא נקב בבית הכוסות, דקיימא לן הוגלד פי המכה בידוע שנעשה ג' ימים קודם שחטה ואם שחטה בתוך ג' ימים שקנאה הוי מקח טעות, לא שחטה תוך ג' ימים הוי ספק אם היה כן בשעה שקנאה או לא. וכיון שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה שהיתה טרפה בשעה שקנאה, או יפרע, אפילו אם הוא מוחזק, שעדיין לא פרע המעות".

המקרה הנידון

הצדדים הופיעו לדין בבית הדין בתביעת בעלי נגריית א. הנתבע הוא ב.

הצדדים חתמו על שטר בוררות המסמיך את בית הדין לדון בעניינם, ונערך דיון שבו הצדדים השמיעו את טענותיהם.

התובעים טענו שהנתבע הזמין מהנגריה שברשותם עבודת נגרות, הכוללת יצור ארונות חדר שינה ומזנון. בעת ההזמנה שולם סכום כסף בסך 70,000 ש"ח וכנגד זה ניתן על ידי התובעים צ'ק ביטחון בסכום זה של 70,000 ש"ח. הסחורה סופקה ללקוח באיחור.

התובעים לא קבלו חזרה את צ'ק הביטחון הנ"ל, והעניין נשכח מהם. לאחר זמן רב הנתבע פדה את הצ'ק, וכמו כן הוגשה מטעמו תביעה משפטית בבית המשפט כנגד בעלי הנגריה. עיקרה של התביעה מתייחסת לטענה שהתגלו תולעים בארונות, ועקב כך דורשים את כספם חזרה ופיצוי נוסף. לבית הדין הוצגה חוות דעת מומחה מטעם הנתבע המפרטת את עמדתו ביחס לתולעים שהתגלו.

הנושאים הטעונים בירור

ראשית, עלינו לדון האם הנתבע היה רשאי לפדות את הצ'ק שהיה ברשותו. יצויין שהצ'ק ניתן להבטחת הספקת הסחורה, ואכן הסחורה סופקה, אם כי באיחור של מספר חדשים. הצ'ק לא היה מיועד להבטחת הלקוח מפני תביעות העשויות להתעורר כעבור מספר שנים, אלא שהנתבע מצא לנכון לתפוס בסכום זה של 70,000 בטרם ניגש לתביעה המשפטית, ונראה שהנתבע נהג בזה שלא כדין.

וכן פסק בשו"ע סי' רכד סעיף ב'.

כתב בתשובת מהר"ם מרוטנבורג (מובאת במרדכי כתובות סי' ר' ובהגהות מיימוניות בתשובות השייכות לספר קנין סי' ז') - "על אודות הסוס שמכר ראובן לשמעון, ושוב נמצאו בו מומין ביד שמעון, והוא טוען שברשות ראובן נעשו המומין, והוא אומר לא כי אלא ברשותך נעשו. נראה כיון דאין הדבר ידוע בעדות שהיה מום זה מעיקרא ברשות ראובן, על שמעון להביא ראיה, כדמסקינן בפרק המדיר כל שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה. ואפילו לא יהב שמעון אכתי דמי הסוס לראובן, מפקינן מיניה ויהבינן לראובן. אמנם ראובן צריך להשבע שלא ידע ולא הרגיש במום זה מעיקרא. דכיון דראובן היה לו לידע אם היה בו מום זה מעיקרא, יש לו להשבע שאינו יודע ולא הרגיש במום זה. דאפילו המוחזק לא פטרינן ליה כשהוא טוען איני יודע אם הייתי חייב מנה מעולם, כ"ש דלא מצי לאפוקי ממון מחזקתיה בלא שבועה. ואין לדחות דשאני התם דשכנגדו טוען ברי מנה לי בידך. דמ"מ טובא אשכחנא כ"ה היכא דאחד יש לו לידע ושכנגדו אין לידע, לא יטול בלא שבועה, כגון המכיר כליו וספריי ביד אחר כו' עד ישבע כמה הוציא ויטול, והמוציא הוצאות על נכסי אשתו וחנוני על פנקסו וכאלה רבות ... ואם ראובן אינו רוצה להשבע שלא ידע מום זה מעיקרא, אז שמעון פטור דמשיכה בטעות היא, דכיון דמום בסתר הוא זה וליכא למימר ביה ודאי ראה ונתפייס, והדר זביני אפילו אם כבר קיבל ראובן המעות."

ובספר עין יצחק (להגרי"א ז"ל) ח"ב סי' סה סק"כ כתב - "ביאור הדברים, דהכלל דכל הנולד ספק ברשותו הראיה, דטעמו דכיון דהוחזק לנו מעיקרא ענין מעשה המכירה והקידושין, והוחזק לנו החפץ שהוא של הלוקח ע"י אוקי אחזקה, ע"כ אין לנו לבטל מעשה המכירה וקידושין, וכמש"כ התוס' בחולין (דף נ"א) להדיא בתירוץ הא' שם דלקיים המכר סברא הוא דאין לנו לבטל למה דאיתחזק לנו מקודם ... ומה דאיתחזק לנו עדיף מן אוקי אחזקה דאינו בירור לשעתו רק דמוקמינן על חזקה דמעיקרא, וכמו דכתב הריב"ש להדיא בכונתם, דעיקר הטעם הוא לפי דהוחזק לנו מעשה המכירה מקודם, וכיון דלא איתרעי מה דהוחזק לנו מקודם משום דהא אין מחזיקין מרשות לרשות, ע"כ סמכינן להוציא ממון עי"ז הסברא, וכמש"כ התוס' בחולין והריב"ש להדיא כנ"ל, משום דאיתחזק לנו לשעתו דהמכירה היא מכירה מעליא."

ובשו"ע סי' רלב סעיף טז פסק - "ראובן שמכר לשמעון גבינות, ולאחר שלשה ימים פתחם ומצאם מרוקבות ריקבון גדול. ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבא ריקבון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקבון בבית המוכר, נמצא שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק, המוציא מחבירו עליו הראיה."

ומבואר שבנידון זה של גבינות לא אמרינן "כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה". וכתב הסמ"ע ס"ק לה לבאר -

"לא דמי למוכר לחבירו בהמה לשוחטה ונמצאת טריפה ואין ידוע אם קודם הקניה נטרפה דפסק הטור ומחבר בסעיף יא דעל הלוקח להביא ראיה, ואם אין לו ראיה מוציאים המעות מידו. דשאני התם דמעמידין הבהמה על חזקתה וסתם בהמה אינה נטרפת וברשות הלוקח נעשה הספק, ואמרינן כאן נמצא כאן נתהוה המום, משא"כ גבינות דאין להם חזקה, דרוב גבינות כשנתיישנו דרכן להתליע."

לפי זה, הנידון שלפנינו ודאי אינו דומה לדין הגבינות, מאחר שאין דרכם של מוצרי עץ להתליע, ויש לקבוע מאחר שהספק נולד ברשות הלוקח הנתבע, עליו להביא ראיה לטענתו, ואם לא יביא ראיה, אין מקום להורות על ביטול המכר.

על כן יש מקום לקבוע פרק זמן שבו הנתבע יוכל להוכיח את טענותיו. ולפי המבואר בתשובת מהר"ם יהא מקום להטיל על התובע שבועה שלא ידע מהמום בעת שהסחורה היתה ברשותו.

דינו של סכום הכסף שנגבה באמצעות גביית צ'ק ביטחון

יש מקום לברר האם יש להורות לנתבע להשיב את סך 70,000 ש"ח שברשותו, ולאחר מכן להשלים את הבריר שהוטל על הנתבע.

הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' ד' כתב י"א דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא כשמויק לחבירו, כגון שמכחו ולכן לא יוכל לעשות אלא אם כן יוכל לברר שהוא שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון, יכול לעשות בכל ענין, ויורד אח"כ עמו לדין, (מהרי"ק שורש קס"א)."

בדברי מהרי"ק הדברים התבארו יותר. המהרי"ק מביא מדברי המרדכי דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשרוצה לתפוס ממון שלו הנמצא ביד אחר, משא"כ כשתופס ממון אחר. ועל זה כתב מהרי"ק - "לא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין, לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון, בכה"ג שייך למימר דינא לנפשיה, אבל בכה"ג לא מקרי אלא תופס בכולי תלמודא."

הרי מבואר, שאדם יכול לתפוס ממון חבירו ובלבד שמיד לאחר מכן ירד עמו לדין. ולפי שיטה זו, לא היה מקום לטרוניא על הנתבע, אילו היה תופס, דהיינו פודה את הצ'ק, ומיד לאחר מכן מבקש לקיים את בריר הסכסוך בדין תורה. ואילו היה נוהג כך, לא היה ניתן להוציא ממנו עד להשלמת הדיונים.

אלא שבט"ז כתב בביאור שיטת מהרי"ק והרמ"א, וז"ל - "נראה בכונתו דלא יפה כחו בחלוקה השניה שיהיה נאמן עליו באומרו שהוא שלו כשתפסו בעדים, אלא כל שאין לו מיגו, ודאי מוציאים ממנו. אלא דנתכוין לומר דלא עשה איסור בזה, משא"כ אם לא היתה לו טענה על גוף החפץ, אלא על איזה חוב מצד אחר, עושה איסור במה דעושה דין לעצמו דתופסו בלא רשות בית דין, אבל בזה אין עושה איסור, ומ"מ כשבאין לבית דין יקוב הדין ביניהם ולא מקרי

תביעות נוספות שעלו

במקרה שלפנינו, קיים נושא נוסף לדיון והוא טענת התובעים כי סיפקו לנתבע ארון אמבטיה ולא קבלו תשלום. הנתבע טען כי במועד קודם להספקת הארון, עקב אי עמידת התובעים בתנאי לוח הזמנים להזמנה, הובטח לו לקבל "צ'ופר", וסבר כי הארון הנ"ל ניתן לו במתנה כ"צ'ופר" המובטח. הנתבעים תבעו את תשלום הסכום מחוייב עבור הארון והתנגדו לטענה שהארון ניתן במתנה. הנתבע הסכים כי לא נאמרו דברים מפורשים שהארון יהיה במתנה.

הנה מצינו דיון בפוסקים ביחס למי שמהנה את חבירו בסתמא ובלא להודיעו אם הדבר ניתן תמורת תשלום או במתנה, האם יכול לאחר מכן לתבוע ממנו לאחר מכן תשלום.

הר"ן במסכת נדרים בפרק אין בין המודר דף לג: הביא דעת הרשב"א והסכים עמו שכל המפרנס סתם חוזר וגובה, לפי שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה, והויא לה כלוותרה ואכלה, והביא ראיה דמפרנס סתם לא אמרינן במתנה יהיב ליה אלא לשם הלואה מיורד לשדה חברו ונטע שלא ברשות, דחייב בעל השדה לשלם ולא כל הימנו שיאמר במתנה נתת לי.

וכן בתשובות הרדב"ז ח"ג סי' תרטו כתב - "כללא דמילתא דכל המהנה את חבירו סתם במאכל ומשקה וכסות ודירה סתם ולא פירש שהוא דרך מתנה וגם לא פי' שהוא דרך הלואה יכול לתבוע ממנו מה שמהנהו".

והרמ"א בסי' רסד פסק שכל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר בחינם עשית עימדי, הואיל ולא צויתך, אלא צריך ליתן לו שכרו. וכתב הט"ז שלהלכה אנו פוסקים כשיטת הרמ"א שהמהנה לחברו סתם אינו מתכוון לשם מתנה אלא לשם הלואה, וחייב לשלם לו, וכן דעת הבית שמואל באה"ע סימן ע', וכן דעת הגר"א בביאורו.

ואף שהפוסקים האריכו בשאלה זו עיין חתם סופר חח"מ סי' קיט, ועיין מש"כ לעיל סי' כא, עכ"פ אם המהנה הוא אדם שדרכו לספק סחורה או שירות בתשלום בלבד, כגון סוחר או נהג מונית וכדומה, כל עוד לא נאמר בפירוש שהסחורה או השירות מסופק בחינם, א; אם השירות ניתן בשתיקה, המקבל חייב בתשלום. עיין בשו"ע חו"מ סי' קפה סעיף ו' ברמ"א "ראובן היה לו בית למכור" וכו' ובביאור הגר"א במש"כ "וכן בסרסור כיון שהוא עשוי למכור", ועל כן נידון כיורד לשדה העשויה ליטע.

על כן במקרה שלפנינו שבעלי הנגריה רגילים לספק סחורה תמורת תשלום בלבד, כל עוד לא נאמר בפירוש שהסחורה מסופקת בחינם, הלקוח מחוייב במלוא התשלום. מאחר והנתבע מודה שלא נאמר דבר בפירוש שהסחורה מסופקת בחינם, לא היה רשאי להמנע מתשלום על בסיס ההנחה שהארון ניתן בחינם.

זה מוחזק כל שהוציאו בפני עדים, וכן משמע בסמ"ע סק"ג. ומו"ח ז"ל חולק על דברי מהרי"ק הללו כי הבין ממנו דס"ל דיכול לתפוס באין חפץ מבורר ותפיסתו הוי תפיסה, ובאמת גם מהרי"ק לא נתכוין בזה, אלא כמו שכתבתי".

ובנתיבות המשפט סי' ד' סק"ג כתב בביאור שיטת מהרי"ק - "מוכח בהדיא מדברי מהרי"ק דכל שתופס דרך גוביינא, דהיינו שאינו יורד לדיון רק שגובה לעצמו בלא בית דין, זה נקרא עביד דינא לנפשיה ואסור לעשות דין לנפשיה כי אם כשיש לו טענה על גוף החפץ. אבל תפיסה בעלמא, דהיינו שתופס והולך לבי"ד מיד, לא מיקרי כלל עביד דינא לנפשיה רק תפיסה. דאין זה מעשה דיין, ומותר בכל ענין פי' אפילו אין לו טענה על גוף החפץ רק שנתחייב לו מכח גזילה. אבל ודאי דאסור לתפוס כי אם במקום שיהיה מועיל בתפיסתו לפני בית דין, כגון בלא עדים או שיהיה מועיל לפני בית דין מכח טענת קים ליה, כמו בעובדא דמהרי"ק. אבל לתפוס בעדים שלא יהיה נאמן לפני בית דין ודאי אסור. וגדולה מזו נראה, דאפילו יודע שיהיה נאמן לפני בי"ד במגו דהחזרתי אסור לו לתפוס בעדים דהא יהיה מוחזק בגולן ויעשוהו חשוד, כמבואר בב"ב גבי נסכא דרבי אבא. דהאיך יעלה על הדעת שיהיה מותר, הא כיון שמוחזק בגולן ארבעין בכתפיה".

ובנתיבות דיני תפיסה סעיף ז' כתב - "אם תפס חפץ וטען שיש לו על בעל החפץ ספק חוב שהוא דררא דממונא, כיון דלאו על גופו של חפץ קטעין לא מהני תפיסה כיון שהוא ספק במציאות איך היה הדבר".

במקרה הנוכחי, הנתבע תפס תפיסה המוגדרת כתפיסה בעדים, מאחר שמתוך הרישומים בדפי החשבון בבנק עולה בבירור שהוא הוציא את סכום הכסף בסך 70,000 ואינו יכול להכחיש זאת.

הנתבע לא היה רשאי לתפוס, ותפיסה זו נחשבת כמעשה גול. לפי המבואר בדברי הט"ז, הנוכחים לעיל, אין בכוחה של תפיסה כזו להעמידו בגדר של מוחזק. אך אפילו אילו היה מוחזק, הרי שבנסיבות הנוכחיות שהובררו לעיל, אם לא יעלה בידו להוכיח את טענתו, היה מחוייב בתשלום מלא עבור הסחורה, אילו לא היה עדיין משלם את מלוא המחיר של הסחורה, נשוא הדיון.

ובנתיבות המשפט דיני תפיסה סעיף יז - "תפיסה ברשות מהני אפילו בטוען שמא ואחר שנולד הספק, ולא נקרא תפיסה ברשות כי אם כשהתפיסה הבעלים על ספק זה ... ולא מהני התפיסה רק כשטוען ברי ... וכן בחו"מ סי' רכ"ד אף שהוא תפיסה ברשות, מ"מ לא הוי ספק השקול דיש להשני חזקה דכאן נמצא".

על כן לא מועילה תפיסתו בסכום כסף השייך לתובעים. ויעויין בספר ים של שלמה ב"ק פ"ב סי' ה' שאם התופס תפס שלא כדיון, נזקקין להוציא גזילתו.

ומאחר שאנו דנים את סכום הכסף כגזול ביד הנתבע, אין מקום לטענה לתשלום הריבית שסכום זה צבר, ועליו לשם כעין שגול, דהיינו 70,000 ש"ח בלבד.

סימן מב

תביעה לביטול עסקה למכירת דירה בטענה ששטח הדירה קטן מכפי שהוסכם

יח אייר תשס"ג

אמנם, מעיון מדוקדק בתשריטים המצורפים לתיק, עולה שאין טעויות ניכרות לעין בנתונים הרשומים בשרטוטים, ואכן שטח הדירה בלא הקירות חיצוניים הוא 58.2 מ"ר, והשטח המלא של הדירה כולל קירות חיצוניים הוא 79.84 מ"ר.

הנתבע טוען, שלא היה משלם את הסכום שסוכם בעת עריכת החוזה, דהיינו 80,000 דולר, עבור דירה הרשומה בטאבו כדירה בשטח של 58.2 מ"ר. על כן, לטענתו, כעת אינו מחוייב בהעברת התשלום האחרון במלואו. מאידך, התובע טוען שלאחר שהוא מצידו מילא את המוטל עליו, על הקונה לשלם את מלוא הסכום.

הנתבע אינו מבקש ביטול המכר, אלא תובע הפחתת המחיר עקב הממצאים הנזכרים לעיל.

התובע הפנה את בית הדין לכמה סעיפים שבהסכם המכר, שהוא ההסכם האחרון שנערך בין הצדדים. ראשית מצויין, שהסכם זה מבטל הסכם קודם, על כן כעת אין משמעות לסעיף הקובע את שטח הדירה כפי המצויין בהסכם זכרון הדברים. שנית, בסעיף 3 נקבע - "הקונה מצהיר בזאת כלפי המוכר, כי בדק את הדירה, את הזכויות בה, את מצבה המשפטי ואת מצבה התכנוני ברשויות התכנון והבניה, וכי הוא מוותר על כל טענה בדבר פגם או מום בגין אי התאמה של הדירה למטרותיו או כל טענה אחרת בדבר מצב הדירה ונתונייה, למעט פגם נסתר, ובכפוף לקיום התחייבויותיו של המוכר כמפורט בהסכם זה".

עורך הדין הודיע לבית הדין כי ברשותו נסח טאבו המעיד ששטח החלקה 72 מ"ר, הנסח נמצא אצלו כבר מהשלב הראשונים של העסקה. ולפי זה מאחר שהנתבע מינה אותו לפעול בשמו, אילו היה בודק את המסמכים שאצל עורך דינו, היה רואה נסח זה.

עוד יצויין שהנתבע גר בדירה זו כעשר שנים, בתחילה גר בדירה כשוכר, כשלוש שנים בטרם נערך ההסכם הראשון למכירת הדירה, ולאחר מכן החל ההליך לרכישת הדירה. אין ספק שהנתבע הכיר את הדירה היטב, וידע מהו שטחה, גם אם לא עסק במדידה המדוייקת. אלא שלטענתו לא ידע את הבעיה שבאה לידי ביטוי ברישום בטאבו, שהדירה נרשמה בשטח של 58.2 מ"ר. ואם יבקש למוכרה בעתיד, הוא עלול להנזק ולקבל עבורה מחיר נמוך.

לסיכום, העובדות העולות מהנתונים שהוצגו הם כדלהלן -

א. שטח החלקה שהיתה בבעלות המוכר היא 72 מ"ר. וכל שטח נוסף החורג מגבולות החלקה, מלכתחילה לא היה

תמצית התביעה

בפנינו תביעת התובע מר י.ט., כנגד הנתבע מר י.ל., והתקיים דיון בבית הדין, לאחר ששני הצדדים חתמו על שטר בוררות.

התובע היה בעליה של דירת מגורים בעיר צפת, וערך "הסכם זכרון דברים" למכירת הדירה לנתבע, ולאחר מכן נערך "הסכם מכר".

עותק מהמסמכים הנ"ל צורפו לתיק.

הנתבע מעכב את התשלום האחרון בסך 15,000 דולר, והתובע דורש את מלוא התשלום עבור הדירה. לטענתו, לאחר שהוא מילא את המוטל עליו על פי ההסכם, אין מקום לעיכוב התשלום האחרון.

הנתבע טוען שב"הסכם זכרון דברים" נרשם ששטח הדירה עומד על 113 מ"ר, לאחר מכן נערך "הסכם מכר" שביטל את ההסכם הקודם, אליו צורף שירטוט עליו נרשם שטח הדירה 79.84 מ"ר. ולבסוף בעת הרישום בטאבו התברר כי נרשמה דירה בגודל 58.2 מ"ר והחלקה כולה כפי שנרשמה בטאבו היא 72 מ"ר.

עורך הדין שערך את ההסכמים וטיפל בכל הכרוך במכירה ורישומה בטאבו, הופיע בבית הדין ומסר עדות, לאחר ששני הצדדים הסכימו לקבל את עדותו כעדות של שני עדים כשרים.

עורך הדין הציג בפני בית הדין את השרטוט, החתום ע"י שני הצדדים, שהוא הנספח להסכם המכר, והוא חלק בלתי נפרד מהסכם המכר.

עורך הדין נשאל לפשר הרישומים השונים ביחס לשטח הדירה. וטען שאינו יכול להעיד בוודאות, אך נראה לו שגודל החלקה שהיתה מלכתחילה רשומה על שם המוכר אינה עולה על 72 מ"ר, השטח הכולל של הדירה הוא גדול יותר, ומגיע לסך 79.84 מ"ר. כך שכפי הנראה שטח שמידתו 7.84 מ"ר מהדירה חורג מגבולות החלקה.

ביחס לפער שבין השטח בגודל 79.84 מ"ר הרשומים בשרטוט ל - 58.2 מ"ר הרשומים בטאבו, טען עורך הדין, שהוא משער שהמספר הגדול מייצג שטח ברוטו לעומת המספר הקטן המייצג שטח נטו. מאחר והקירות עבים מאד, עובי הקירות תופס אחוז ניכר מהשטח. ובנסיבות המקרה שהחלקה היא רק 72 מ"ר לא היה אפשרי לרשום בטאבו את השטח ברוטו, כמקובל, שהרי בכך השטח יחרוג מגבולות החלקה, על כן נרשם בטאבו שטח הנטו של הדירה.

וכן בתוס' (שם ד"ה כל) כתב - "וחזור דקאמר, היינו שהמקח בטל לגמרי, כדמוכח ריש התודה (מנחות דף עז.) ושלהי הספינה (ב"ב דף צ.צ)."

מסתימת דבריהם, נראה שרש"י ותוס' אינם מחלקים בין אם אפשר להשלים את החסר במקח או אי אפשר להשלים. וכן מבואר להדיא במאירי עמ"ס קידושין דף מב: שכתב - "זה שביארנו שבקרקעות אין בהם לא דין אונאה ולא דין בטול מקח, דוקא בשאין שם אלא אונאה מצד הדמים, אבל כל שטעו במדה אין זה אונאה אלא מקח טעות, וכן במטלטלין כל שבמדה ושבמשקל ושבמנין אף בפחות משתות חוזר ר"ל שהמקח בטל", עכ"ל. ורק לאחר מכן המאירי הביא דעת הרמב"ן שתובא להלן בשם "ויש מפרשים".

לעומת זאת, בחידושי הרמב"ן עמ"ס בבא בתרא דף קג: כתב - "והוי יודע דהדיא גופה דאמר רבה אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, אין אנו מודים שפירושה בטל מקח דוקא, אלא פעמים בטל פעמים קנה ומשלים. אי אפשר להשלים, כגון שדאי בה שיתא ולא שדא, וכגון מכר לו בית ונמצא חסר מן המדה, בטל מקח, וכן בכלים ומטלטלין וכיוצא בהן. אפשר להשלים כגון שמכר לו פירות הללו מסאה בסלע ומדד לו ונמצאת מדה חסרה משלים, נמצאת יתירה מחזיר, ושתות ויתר משתות ופחות משתות כולן שוין בדבר, וכן דעת הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל בפרק הספינה".

וכן הר"ן בקידושין דף מב: כתב - "נהי דאמרינן דכל דבר שבמדה וכו' דוקא כגון שאי אפשר להשלים, הא אפשר להשלים משלים ואינו בטל. כיצד מכר לו סאה פירות ונמצאת חסירה משלים, אבל בשאי אפשר להשלים, כגון בקרקעות בטל מקח לגמרי, וכן כתב הרמב"ם בפרק ט"ז מהלכות מכירה (ה"ב)".

ובמאירי שהובא לעיל, לאחר שהביא את שיטת רש"י ותוס', כתב - "ויש מפרשים בזו שאין המקח בטל, אלא שישלים את המדה, וכן במטלטלין שישלים את המדה או את המשקל או המנין, אלא שאם אין לו במה להשלים המקח בטל, ואין יכול לומר נכה לי מן הדמים כפי חשבון. ומכל מקום בבתרא פרק ספינה בשמועת אין מוסיפין על המדות יותר מן השתות מוכיח להדיא שהמקח בטל. וזה שהם תמהים היאך אפשר לבטל המקח בזו אלא שישלים את מדתו בזו. אני מודה להם במקצת, והוא שבודאי אם מכר לו עשר טלאים ומנה לו תשעה וטעה וקרא לתשיעי עשירי, או חמשים סאין ומדד לו ארבעים ותשע וסבור שחמשים מדד והרגיש במניינו, ודאי ישלים. וכן במשקל אם מכר לו חמשים ליטראות פירות ושקל לו ארבעים ותשע וסבור שחמשים שקל, והרגיש במניינו, ודאי ישלים. וכן בקרקע אם מכר לו חמשים אמה בשדה ומדד לו ארבעים ותשע, וסבור שחמשים מדד, ודאי ישלים. אין זה אלא כמי שמכר לו במנה, וכשבא זה לפרעו מנה לו תשעים והוא סבור שמנה פרע, שכל שירגיש במניינו נותן לו עשרה ואין המקח

בבעלות הרשומה של המוכר, ואינה שלו ומעולם לא יכל למכרו. יש לשלול את האפשרות שהמוכר החזיק בשטח העולה על 72 מ"ר, כל עוד אין אסמכתא לכך.

ב. שטח הברוטו של הדירה כולל קירות חיצוניים הוא 79.84 מ"ר. והשטח נטו בלא קירות חיצוניים, הוא 58.2 מ"ר. ג. המסקנה הסבירה היחידה העולה מתוך הנתונים הנ"ל, היא שחלק מעובי הקירות, חורג מגבולות החלקה. יצויין כי דירה זו נבנתה במתכונת שהיתה מקובלת מקדמת דנא, שהקירות בעובי של כמה עשרות סנטימטר, ומסתבר שהקירות החיצוניים של הדירה, שהם קירות משותפים לדירה זו ולדירה הסמוכה, נמצאים בחלקם בתוך החלקה של התובע, אך חלק מעובי הקירות נמצא בתוך חלקה אחת או בתוך כמה מהחלקות הסמוכות.

ולפי זה השרטוט בנספח להסכם המכר מעיד נאמנה על שטח הבית, אך אינו מעיד על השטח שנמכר לקונה, מאחר ושטח של 7.84 מ"ר משטח הקירות נמצא בחלקה.

ד. שני הצדדים טענו כי הדירה שנמכרה היתה בשטח של 79.84 מ"ר, ומדבריהם עולה שכך היה ברור לשני הצדדים בעת עריכת הסכם המכר. היקף הדירה המצויין בזכרון דברים חסר משמעות, לאחר עריכת ההסכם השני.

ולפי האמור עולה שקיים פער בין מידת הדירה כפי שהוצגה בעת המכירה ובין המצב העובדתי בשטח כפי שמתברר כעת. אמנם אילו הצדדים היו מבררים היטב את מצב הדירה, ומעיינים בנסח הישן שהיה מצוי ביד עורך הדין, היו מגיעים למסקנה הידועה כעת, שלא היו למוכר יותר מ - 72 מ"ר. אך מאחר והדבר לא נעשה, הרי שהקונה הוטעה, בשוגג, ביחס למידת הדירה.

אילו בהסכם המכר לא היה מוזכר גודל הדירה, ולא היה מדובר בעל פה בין הצדדים בעת עריכת העסקה, מהו גודל הדירה, לא היה מקום לטענת מקח טעות. אך מאחר שהדבר מפורש בהסכם, ובנוסף, דובר על כך בעל פה, יש מקום לטענה על אי התאמה בין הסיכום בעת עריכת העסקה ובין מצב הדירה האמיתי. לעניין זה, אין מקום ליישם את סעיף 3 מהסכם המכר הנוכח לעיל, מאחר שסעיף זה לא בא לבטל התניות מפורשות הסכם.

האם טעות במידה גוררת ביטול המקח

במסכת בבא בתרא דף צ. - "אמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר". ונחלקו ראשונים האם "חוזר" היינו ביטול מקח, או שהמקח נשאר בעינו, ויחזיר לו את ההפרש שבין המחיר ששולם, לערך האמיתי של הנכס, ושלש שיטות בראשונים. רש"י ותוס' כתבו בסתמא שהמקח יחשב כמקח טעות וחוזר.

רש"י במסכת בבא מציעא דף נו: כתב - "אמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר. דמקח טעות הוא, דהא בהדיא פירש בחזקת כן, ואינו כן".

והנה בשו"ע סי' ריח ס"ז פסק - "האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל, אם פחת כל שהוא מנכה לו מן הדמים, ואם הותר כל שהוא, יחזיר לו".

וכתב על זה הסמ"ע ס"ק כז - "מדה בחבל, משמעות לשון זה הוא שמוכר לו בית כור בצימצום כמו שמודדים בחבל, אבל ג"כ משמע שאינו מדקדק שאם לא יהיה בית כור שלם שיהא המקח בטל, אלא שישלם לו לפי ערך, שאם ימעט מבית כור ינכה לו מדמי בית כור, ואם יהיה יתר יוסיף לו ... אינו דומה למ"ש הטור והמחבר לקמן בריש סי' רלב דכל דבר שנמכר במדה אפילו לית ביה שיעור אונאה המקח בטל, דהיינו דוקא כשהטעהו וא"ל שהוא מדה כך וכך ולא נמצא כן. אבל כאן לא אמר לו בבירור שהוא כך וכך, אלא אמר לו שימדדו אם הוא כור כמו שהוא סבור וינכה לו אם הוא פחות מכור, כ"כ התוס', ועיין פרישה".

ובתוס' במסכת בבא בתרא דף קד. (ד"ה פחות) כתב - "אומר ר"י דרבא איירי כשמדדו והטעהו במדה, אבל הכא לא מדדו עדיין אלא בבאין למדוד, ומתחלה היה נמי יודע שאינו מכין כל כך, שלא יהא או פחות או יותר".

וכן כתבו התוס' בדבור שלאחריו, וז"ל - "וא"ת ולימא ליה דאדעתא דהכי לא זבני. וי"ל דקאי בתוך השדה כדאפרש, דמתחילה היה נמי יודע שאינו מכין לגמרי".

ובבבני נזר חלק חו"מ סי' נ' הביא דברי התוס', והוסיף - "נראה הפירוש דלא הוי טעות כלל, כיון שמתחילה ג"כ ידע הלוקח שיש פחות או יותר".

העולה מדברינו, שאם הקונה והמוכר נמצאים בתוך השטח הנמכר וסבורים שמידתו היא ידועה ומדוייקת, כפי המדובר ביניהם, ולאחר מכן התברר שהמידה חסרה, דינו כמקח שחסר במידה ודינו להתבטל.

מסקנת הדברים - במקרה שבפנינו שסוכם על מידת שטח מסויימת, והתברר שהשטח קטן מהמסוכם, ולא ניתן להשלים את החסר, להלכה לדעת רוב הראשונים המקח בטל, וכן פסק בשו"ע, וכן פסקו בסמ"ע ובספר ערך לחם ובנתיבות המשפט. אבל הרשב"א סובר שהמקח אינו בטל, אלא עורכים חשבון מחדש וקובעים את ערכו הריאלי של המקח.

דעת הרשב"א, לא הובאה להלכה בשו"ע אף כדעת י"א, למרות שהמחבר הזכירה בספרו בית יוסף. על כן המוחזק אינו יכול לטעון קים לי כרשב"א. עיין באורים ותומים בקצור תקפו כהן (סי' קכ"ג - קכ"ד) שכתב ביחס לטענת קים לי, בלשון זו - "ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א והשמיטו דעת החולק, קבלה ביד, וכן ראיתי מדיינים מומחים, וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים לי כדעת החולק, כיון שהרב ב"י והרמ"א שמו זכרוננו אחרי הדלת אין לחוש לו. וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האמור במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א, לדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם ... ולכן ח"ו לומר קים לי נגד

בטל. אבל זו שאנו אומרים שכל שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו בכל שהו חוזר, פירוש שמכר לו שדה פלוני בחזקת שהוא בן מאה אמה ונמצא שאין בו אלא תשעים ותשע וודאי אין כאן תשלומין שלא לקחו אלא בחזקת כך. וכן במטלטלין שמכר לו יריעה בחזקת שהיא בת חמש אמות. וכן במשקל שמכר לו כוס של כסף בחזקת שהוא בו עשר ליטראות. וכן במנין שמכר לו סל מלא פירות בחזקת שיש בו אלף זוג, וכן כל כיוצא בזה".

הדעה השלישית היא דעת הרשב"א בחי' עמ"ס קידושין דף מב: והובא בר"ן (שם). וז"ל הר"ן - "אבל הרשב"א ז"ל סובר, דכי אמר רבא כל דבר שבמדה אפילו פחות מכדי אונאה חוזר, לאו בטול מקח קאמר אלא אונאה חוזרת. ושתות ופחות משתות ויתר על שתות כולן שוים בדבר זה, שבכולן המקח קיים והאונאה חוזרת. ואין חילוק בין דבר שאפשר להשלים לדבר שאי אפשר להשלים, שאפילו בדבר שאי אפשר להשלים כבית או שדה קנה ומחזיר אונאה".

הריטב"א בחידושו עמ"ס ב"ב דף קג: הביא את דברי הרשב"א, וכתב עליו - "וליתא, כדמוכח בשלהי פרק הספינה (דף צ.)."

אך עיין בחי' הרשב"א עמ"ס ב"ב דף צ. מש"כ לבאר סוגיא זו על פי דרכו.

והנה הרמב"ם כתב בפרק טו ה"א שאם טעה במידה, אפילו בכל שהוא חוזר, ובהלכה ב' כתב הרמב"ם - "כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו מאה ואחד או תשעים ותשעה, נקנה המקח ומחזיר את הטעות ואפילו לאחר כמה שנים. וכן אם נמצאו המעות חסר או יתר מן המנין שפסקו חוזר, ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר, שקניין בטעות הוא, וכן כל כיוצא בזה".

וכתב הכסף משנה (שם) ובב"י ריש סי' רלב שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן שאם אפשר להשלים את החסר ישלים ואם אי אפשר המקח בטל, וכמו שפרש הר"ן (שהובא לעיל) את דעת הרמב"ם, והוסיף הכסף משנה שכן דעת הרא"ש.

לפי זה מאחר ובשו"ע בסי' רלב ס"א העתיק את לשון הרמב"ם, הרי שדעתו היא שלהלכה נקטינן כשיטת הרמב"ן. ובסמ"ע סק"ב כתב - "אבל במכר לו קרקע, ואמר לו שהיא ארוכה כ' אמות, וחסירה חצי אמה ואין להשלים מקרקע שבצידה, המקח בטל לגמרי כמו שכתבתי בסי' רי"ח ס"ז".

וכן בספר ערך לחם על שו"ע סי' רלב ס"א כתב - "אבל בחשבון חוזר. ואם אי אפשר להחזיר, כגון במידת בית או שדה, המקח בטל. כי יאמר לא קניתי אלא בית או שדה שמידתה כך".

ובנתיבות המשפט סי' קפב סק"ח כתב - "וכהר"ן קיימא לן כמבואר בשולחן ערוך סי' רלב ובית יוסף שם". וכן בנתיבות סי' רלב בחי' סק"ב העתיק להלכה דברי הסמ"ע.

לדבריו, וכ"ש עתה שכל גלילות ישראל כבר קבלו עליהם דברי מרן אין לזוז מהם", עכ"ל.

וכעין זה כתב בשו"ת הלכות קטנות ח"א סי' קפא, עיי"ש. ובשו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' מד כתב שבמקום שהשו"ע ומפרשיו לא הביאו דעה אחרת, אינו יכול לטעון קים לי כדעתם. וז"ל - "עיינן בכנסת הגדולה בחו"מ סי' כח סק"ל דהיכא דקיבלו עליהם לפסוק כאותו פוסק, אין המוחזק יכול לומר קים לי כנגדו. ואנן דברי השו"ע ומפרשיו המה לנו לעינינו לאורם נסע ונלך, ואם באנו להרהר אחר דבריהם הקדושים, לא נמצא הלכה ברורה בעוה"ר, לכן נראה לפענ"ד דאין לומר קים לי מטעם זה".

על כן מאחר שדעת הב"י להכריע בשו"ע כשיטת הרמב"ן, וכן כתב הסמ"ע להלכה, אין מקום לטענת קים לי כרשב"א. אמנם במגיד משנה נראה שפרש דעת הרמב"ם כשיטת הרשב"א. אך מאחר שהב"י הלך בדרכו של הר"ן, ופרש את שיטת הרמב"ם כשיטתו, וכך כוונתו בהביאו את לשון הרמב"ם בשו"ע, הכי נקטינן, ואין המוחזק יכול לטעון קים לי כשיטת הרשב"א. וכן פסק הלכה למעשה בשו"ת זבחי צדק חו"מ סי' א' שיובא להלן.

וכן נראה בשו"ת בית שלמה שתפס דלהלכה נקטינן כדעת הראשונים שהמקח בטל לגמרי. ושדעת הרשב"א היא דעה יחידאה, שאינו יכול לומר קים לי כדעה זו. בחלק חו"מ סי' מ' כתב הבית שלמה - "הסכמת כל הקדמונים חוץ מהרשב"א", שהמקח בטל. וכן בסי' נט כתב בפשיטות שהמקח בטל ויכולים לחזור בהם, ולא הזכיר כלל משיטת הרשב"א.

זכות הקונה שלא לבטל את המקח אלא להפחית מהמחיר
יש מקום לחקור בפלוגתת הר"ן והרשב"א. האם אליבא דשיטת הר"ן התחדש לדון טעות במדה ומשקל כמקח טעות והקונה רשאי לבטל את המקח, אך אם אינו מבקש לבטל את המקח נקטינן כסברת הרשב"א, והאונאה חוזרת. או שהר"ן חולק לגמרי על שיטת הרשב"א, ואם הקונה אינו מעוניין בביטול המקח, עליו לשלם את מלוא המחיר, וכפי שסוכם בעת עריכת העסקה.

ומצאתי בספר מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סי' א' שכתב - "לע"ד נראה שכל מחלוקתם אינו אלא כשהלוקח רוצה לקיים המקח לחצאין לפי חשבון הדמים שנתן, ובהא ס"ל להריטב"א ז"ל דכיון שבטלה הקנייה במקצת בטלה בכולה, אבל כל שהלוקח מתרצה לקנות מקצתו בכל הדמים שנתן כולי עלמא יודו דקנה".

וכן מצאתי בשו"ת זבחי צדק (לרבי עבדאללה סומך מגדולי חכמי בגדד) חלק חו"מ סי' א' שדן בשאלה דומה למקרה שלפנינו, וז"ל השאלה - "אשה אחת היה לה חצר אחת בשותפות עם בן בעלה, שהיה לה ג' רבעי החצר וכן בעלה היה לו רביע החצר. ומקדמת דנא סברה שכל החצר הוא שלה מכח טעות אחת, וקמה האשה הנוכרת ומכרה כל החצר הנוכרת לראובן. ואח"כ נתגלה הדבר, שלא יש לה

הכרעת המחבר והרמ"א ... וכן ראוי להורות בלי פקפוק, וכן מצאתי בתשובת חות יאיר".

וכן בנתיבות המשפט בדיני תפיסה כלל כ' מביא ג"כ מדברי החות יאיר וכתב שבמקום שהסכימו המחבר והרב בהג"ה, ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אינו יכול לומר קים לי כפוסק אחר.

ובתשובת חות יאיר סי' קסה קבע שבמקום שהשו"ע הכריע במחלוקת ראשונים, הפוסק כנגדו נחשב כטועה בדבר משנה, וכן אם הסמ"ע הכריע, והש"ך לא חלק על דבריו. וע"ע בספר קונטרס הספקות (לג"ר יהודה כהנא ז"ל, אחי בעל קצות החשן) כלל ו' סעיף ו' שהסכים לדעת התומים שאין לומר קים לי כנגד המחבר והרמ"א, אך נטה מטעמו של התומים ובאר הלכה זו, מפני שקבלנו עלינו את הכרעת השו"ע.

ובשו"ת מהרי"ף (להג"ר יעקב פראג"י ז"ל) סי' סא כתב - "ומורי רבי תמה שמעולם פה נא אמון, לא נשמע דין זה דקים לי לפני רבותיו הרב הגדול רבינו אהרן בן חיים בעל קרבן אהרן זלה"ה והרב הגדול אביגדור קסטלאס זלה"ה. אלא מעולם אנו הולכים בשיטת רבינו הגדול רבן של כל ישראל מוהר"י קארו ז"ל. ועל זה שלחנו לחכמי מצרים והסכימו כל רבני מצרים לדעת מורי ורבי זלה"ה. ושלחו פסק משם חתומים בו הרב הר' משה סרגוסי והרב הר' יהודה כהן והרב הר' מנחם כהן והרב הר' ישראל רומאנו והרב הר' נתן גוטא זלה"ה מסכימים שאין לדון בקים לי אלא על פי התורה. ובאותן הימים נתברר לנו מפי מגידי אמת שבשנים קדמוניות שבעיר צפת תוב"ב הסכימו כל הרבנים שהיו בתוכה והחרימו חרם חמור שלא ידין שום דיין על פי קים לי, אלא הדין יפסק על פי התורה אחרי רבים או על פי מרי דאתרא. ועתה מקרוב כמו ארבע או חמש שנים, עבר עלינו חכם מא"י תוב"ב והייתי מדבר עמו ונתגלגלו הדברים, ונזכר ענין דקים לי, אמר לי החכם הזה אני ראיתי בצפת הסכמה כתובה מימי רבינו יוסף קארו זלה"ה בהסכמת כל הרבנים שהיו שם, וכולם חתומים בה שאין שום דיין יודן בקים לי והחרימו על זה חרם חמור, אלא הדיין יפסוק הדין על פי מארי דאתרא, ובמקום שאין להם רב יפסוק הדין על פי גזרת התורה אחרי רבים להטות.

ולע"ד נראה שהדיין שהולך אחרי קים לי, לא די לו שבטל גזרת התורה, אלא דרכו אינה בטוחה מהסכנה אלא כל ימיו הולך בדרך מסוכן, ושבח לאל יתברך והודאה לשמו הגדול אנו אית לן רב שנסמוך עליו ודרכנו בטוחה מכל סכנה וסלולה ומסוקלת מכל אבן מכשול הלא הוא רבינו הגדול רבן של כל ישראל מוהר"י קארו זלה"ה. ומקובלני מוקני גאוני מצרים שהרמב"ם קבלוהו כל גלילות המערב לרב וארץ מצרים וארץ ישראל וארם נהרים וארם צובא ופרס עד סוף תימן. והנה מר רואה בהרבה מקומות בב"י בחו"מ שכתב מרן וכבר נהגו לפסוק הלכה כהרמב"ם. נמצא דאין לנו אלא דברי מרן והם המה דברי הרמב"ם שהוא מסכים

ליכא קושיא על הר"ן ומרן ז"ל ... ואחר שפירשנו דברי הר"ן ומרן ז"ל, נחזור ונגיד דעתו של מרן ז"ל דדעת מרן ז"ל לפסוק כסברת הרמב"ן ז"ל ודעמיה דבטל המקח, והוא מג' טעמים. הטעם הא' דכתב הרב יד מלאכי ז"ל בכללי מרן מהריק"א סי' לח דדעת הב"י ז"ל לפסוק כג' עמודי הוראה והם הר"ף והרמב"ם והרא"ש ואינו הולך בדרך הקי"ל ואם לא גילו דעתם החכמים הנזכרים אלא דוקא גילה דעתו א' מהם והשנים האחרים אינם חולקים עליו ולא גילו דעתם, ראוי לפסוק כמותו, והביא לה משם הכנ"הג ח"מ סי' רנה הגב"י אות ח ע"ש. וכ"ש הכא בנ"ד דס"ל למרן ז"ל דהרמב"ם והרא"ש דהם תרי מגו תלתא הכי ס"ל, הא ודאי דיפסוק כמותם. הטעם הב' והוא ברור כיון דמרן ז"ל ס"ל בדעת הרמב"ם דהמקח בטל, ויהיה מאיזה טעם שיהיה, וכמו שכ"כ בהדיא בב"י ובכ"מ דעת הרמב"ם, והוא ז"ל בש"ע סי' רלב העתיק דבר הרמב"ם ז"ל אות באות, משמע בהדיא דהכי ס"ל דכמו שיתפרשו דברי הרמב"ם ז"ל כך יתפרשו דבריו ז"ל. וזה הטעם פשוט עד מאד דמרן ז"ל הכי ס"ל, דבטל המקח, וכמו שהבין הוא דברי הרמב"ם ז"ל. הטעם הג' דכתב מרן ז"ל בב"י והבאנו דבריו לעיל על הרא"ש ז"ל, וכך הם דברי הרא"ש שכתב בפרק בית כור וכו' וכן נראה מדבריו בתשובה שכתב רבינו בסי' זה בתשובה המתחלת ר"ש היו באשביליא וכו' עכ"ל מרן הב"י ז"ל, והוא מדכתב שם הרא"ש ז"ל וז"ל שאלה וכו' וראובן אומר שהקלקול הוא דבר מועט כנגד ערך הבית שהוא ינכה מדמי המכר קלקול הבית ע"פ ערך שמאים, תשובה רואה אני את דברי ראובן כי בית מכר לו ועדין נקרא בית אם אירע לו קלקול מום עובר הוא ובדמים שהוא מנכה לו יחזיר הבית לקדמותו ואין זה מקח טעות עכ"ל, והיינו משום שיכול להחזיר לקדמותו ומום עובר הוא ואפשר להשלים, הא אם א"א להשלים כנ"ד הוי מקח טעות, וזה תשובת הרא"ש בעצמה פסק אותה להלכה מרן ז"ל בש"ע בזה הסי' סעי' ה', ע"ש. הרי בהדיא דס"ל למרן ז"ל שאם לא היה מום עובר המקח בטל וכנ"ל.

המורם מכל זה שהדין עם האשה הנזכרת, ואם יקבל הקונה ליקח את חלקה בכל הסך מוטב, ואם לאו יחזור החצר לבעליו והמקח בטל. דאנן אתכא דריש גלותא מרן ז"ל סמכינן ולא מצי למימר קים ליה, עכ"ל תשובת זבחי צדק. מבואר מתשובה זו שנקטינן כהכרעת השו"ע שפסק כשיטת הר"ן. ולשיטה זו, אם הלוקח אינו מסכים לשלם את מלוא הסכום, המקח בטל מעיקרו. ואין שומעין לו לקיים המקח על הבית כמו שהוא כעת ולהעריך מחדש את מחירו.

האם מהסוגיא במסכת בבא בתרא מוכח כשיטת הרשב"א

עיינ בגליון שו"ע של הגרע"א ז"ל חו"מ סי' רלב במש"כ על דברי באר הגולה סק"א. מדברי באר הגולה היה נראה שנקט ברמב"ם ובשו"ע כדעת הרשב"א, כן עולה ממה שהביא את לשון המגיד משנה שנקט לשון זו - "אין בטעות כזה בשום צד ביטול מקח", וכתב הגרע"א "לענ"ד ראייה

בחצר אלא דוקא ג' רביעים, והרביע האחר הוא של בן בעלה. והנה בעתה נתעצמו בדין האשה המוכרת הנזכרת וראובן הקונה. האשה אומרת אם תקבל לקנות ג' חלקים שלי באותו הסך שקנית בו כל החצר מוטב ואם לאו אני איני מוכרת והמקח בטל, כיון דרביע החצר הוא אינו שלי ונמכר בטעות, ממילא גם החלק שלי הוא אינו מכור, והכל בטל. וראובן משיב, אני קניתי כל החצר בזה הסך ועכשיו יצא רביע החצר שאינו שלך, נביא שמאים ונוציא סך רביע החצר שאינו שלך והשאר הוא שלי, שכבר קניתי אותו מידך. דנהי דחלק בן בעליך אינו מכור, אבל חלק שלך מכור, ולא תוכלי לחזור. יורנו המורה על הדין ועל האמת ושכמ"ה."

"תשובה דבר זה נפתח בגדולים והוא פלוגתא דרבוותא שהרמב"ן ז"ל ודעמיה ס"ל דהמקח בטל, ואינו מכור אפילו חלק האשה. והרשב"א ז"ל ס"ל דאע"ג דחלק שאינו שלה אינו מכור, אבל חלקה מיהא מכור וקנה הלוקח, וכמו שהאריך בזה הר"ן ז"ל וכל זה הוא במרן ב"י סי' רלב ע"ש. והר"ן ז"ל ייחס סברא זו שהמקח בטל להרמב"ם ז"ל ע"ש. ולענין דינא אנן אתכא דמרן ז"ל סמכינן ולא מצי למימר קים לי הפך מרן ז"ל. וא"כ נחזי אנן מרן ז"ל מאי דעתו בזה. והנה כתב מרן ז"ל בב"י שם וז"ל וכתב הר"ן ... וכ"כ הרמב"ם בפט"ו מהלכות מכירה ... בתחלה נפרש דברי מרן והר"ן ז"ל ואח"כ נוציא דעת מרן ז"ל דכתב הר"ן בדעת הרמב"ם ז"ל וכן הסכים עמו מרן ז"ל דס"ל להרמב"ם דבקרקות כיון שא"א להשלים המקח בטל. והקשו האחרונים ז"ל דמהיכן משמע מדברי הרמב"ם כן, ועיין בקרית מלך רב הלכות מכירה פט"ו דף רג ע"ד וכן הקשה הרב מחנה יאודה ז"ל בדף רח ע"א ע"ש. והאחרונים ז"ל לא ראו דברי הגאון פרישה ז"ל, דכבר פי' דבריו הגאון פרישה בסי' רלב שכתב שם בפרישה בתוך שני חצאי לבינה וז"ל ואף שהרמב"ם כתב בלשון זה ומחזיר הטעות וכו' הא כתב תשובתו בצדו כיצד מכר לו ק' אגוזים וכו' והיינו בדבר שאפשר להשלים עכ"ל הגאון פרישה ז"ל. וכוננתו מבוארת, דאמאי הוצרך הרמב"ם ז"ל להביא משל ויאריך ויאמר כיצד מכר לו ק' אגוזים וכו' ונמצאו ק"א או צ"ט נקנה המקח ומחזיר הטעות, דמי לא ידע בכל אלה והא אפילו תינוק בן יומו יודע דטעות חשבון כך היא. אלא ודאי מוכרח לומר, דבא להשמיענו דדוקא טעות כגון זה ק' אגוזים וכו' דאפשר להשלים, משו"ה נקנה המקח ומחזיר הטעות, אבל בשא"א להשלים כגון קרקעות, המקח בטל, וזה מוכרח בדברי הרמב"ם ז"ל. ומכאן הוכיחו הר"ן ומרן ז"ל דהכי ס"ל. וכן פי' דברי הר"ן ז"ל הגאון רבינו בצלאל בתשובה סי' לא, וז"ל וכתב הר"ן שם דכ"כ הרמב"ם זצ"ל בפט"ו מה' מכירה ואיברא דהכין משמע ממ"ש פט"ו מה"מ וז"ל המוכר לחברו במדה במשקל וכו' כיצד מכר לו ק' אגוזים בדינר וכו' נקנה המקח ומחזיר הטעות ע"כ, אלמא דוקא בכגון זה קאמר הרב ז"ל דאפשר להשלים, אבל בשא"א כגון בקרקעות בטל המקח לגמרי וכו' עכ"ל הגאון רב"צ ז"ל ע"ש. ובהדיא דבריו כדברי הפרישה ז"ל. וא"כ

בו היה יכול לחזור בו שלא לקנות כלל והיינו ודאי על האופן שלא נתן המעות של המכר עדיין וא"כ הוא מוחזק ומצי לומר קי"ל ועפ"ז יצא לידון דכיון דהלוקח היה יכול לחזור גם המוכר יכול לחזור בו ועל זה יצא לחלוק עליו הרב המחבר בשתים אלה על ראשון ראשון לגבי הלוקח אם היה בא לחזור אינו ענין עם ההיא דהרא"ה דלא דמיין אהדדי, דשאני התם שמכרו סתם ולא ידע הלוקח שמקצתו גזול, משום הכי יכול לומר כיון שביטל מקצתו ביטל כולו. משא"כ בנ"ד דכבר אמר דעל חלק אחיו לכשיגדיל יפייסנו, מחית נפשיה לספיקא שאם לא יתפייס שיקיים המקח במחציתו. ובהכי נחא הסוגיית דפרק יש נוחלין דף קכ"ו דמיירי באומר שדה זו שהיא שלי ושל חברי אני מוכר לך, דכיון שגילה לו שיש בתוך המכר חלק חבריו מחית נפשיה אספיקא, ואם לא יועיל לחלק חבריו יקנה מחציתו. ועוד יצא לחלוק עליו דהרב הפוסק דאף אם היה הדין דהלוקח יכול לחזור בו ה"ה גם המוכר ודימהו לזההיא דאונאה לסברת הרא"ש ורבינו יונה דס"ל דכיון דהמתאנה יכול לחזור בו אף המאנה יכול לחזור בו דלא דמי דשניא גבי אונאה שלא היה חלות קנין כלל כמ"ש ר' יונה, לא כן הכא דעל חלקו מיהא הא איכא חיילות קנין, אלא דהלוקח היה יכול לבטלו מטעם דמקח שלם אני רוצה ולא מחציתו, בהא דוקא לוקח יכול לחזור ולא מוכר.

והיה נראה לכאורה, לדמות נידון דידן לנידון המובא בט"ז חו"מ סי' רטז סעיף ה', במי שמכר לחבירו שתי מקומות בבית הכנסת ולבסוף נמצא שלמוכר מקום אחד בלבד, שהט"ז העלה שלדעת הרמב"ם המקח כולו בטל ולדעת הרשב"ם אינו בטל, ומתקיים ביחס למקום אחד. ונראה הכרעתו שהמוחזק יכול לומר קים לי. ולפי זה גם בנידון דידן הקונה יוכל לומר קים לי כרשב"ם שהמקח מתקיים בחלקו, והתעריף יקבע מחדש בהתאם.

אך עיין בנתיבות המשפט סי' קפב סק"ח שהעלה שדינו של הט"ז נאמר מפני שהנידון אצלו בשתי מקומות שכל אחד הוא עומד בפני עצמו, ודמי לארעא ודיקלי. אבל בנידון דידן שהכל הוא שטח של דירה אחת ונקנה בקניין אחד, שנעשה בחוזה שדינו כסיטומתא, חזרנו לדינם של הר"ן והרשב"א.

והנה במסכת בבא בתרא דף קו. מציינו - "רב פפא זבן ארעא מההוא גברא, אמר ליה הוויא עשרין גריוי משחיה, ולא הוויא אלא חמיסרא. אתא לקמיה דאביי, אמר ליה סברת וקבילת. והתנן פחות משתות הגיעו, עד שתות ינכה. הני מילי היכא דלא קים ליה בגוה, אבל היכא דקים ליה בגוה סבר וקביל. והא עשרין אמר לי, אמר ליה דעדיפא כעשרין".

לכאורה היה מקום לטענה, שהנידון שלפנינו דומה למקרה הנזכר בסוגיא זו. מאחר שגם במקרה הנוכחי הקונה גר בדירה זו תקופה ארוכה, וקים ליה בגויה, מה מצב הדירה ומה היא מכילה. והיה מקום לטעון שסבר וקיבל, אף שכעת התברר שהדירה היא קטנה מהמסוכם בעת עריכת העיסקה.

מסוגיא דבבא בתרא קכו: מר סבר לא עשה כלום בפלגא, הרי דמ"מ על פלגא קיים".

עיי"ש בסוגיא בב"ב דעסקינן בבכור שמכר חלקו וחלק פשוט, והלכה כמ"ד שהמקח קיים על חלקו ולא על חלקו של פשוט, ומשמע כרשב"א, שהקונה אינו יכול לבטל המקח בטענה שרצה לקנות חלק הכפול בשטחו מאותה חלקת קרקע שהגיעה לרשותו בסופו של דבר.

המקרה שבפנינו דומה לאותו מקרה המוזכר בגמרא, גם במקרה הנוכחי, המוכר מכר לקונה את חלקו, ומכר חלק נוסף בחדא מחתא, ועל אותה תוספת שאינה שלו לא חלה מכירה, ולכאורה על חלקו של המוכר תועיל המכירה, אף שלא הועילה על החלק הנוסף שמלכתחילה לא היה ברשותו.

אך נראה שאין מדברי הגמרא במסכת בבא בתרא (דף קכו:) ראייה לשיטת הרשב"א. שהרי לא הוזכר בגמ' שהקונה הוטעה. וראיתי בספר יד המלך (להג"ר אליהו פאלומבו ז"ל מרבני קושטא) על הרמב"ם הלכות מכירה שהביא מחלוקת הר"ן והרשב"א במכר שדה לחבירו ומקצתו יצאה מתחת ידו מפני שנמצאה גזולה בידו, דלכאורה מהסוגיא דב"ב סתירה לשיטת הר"ן. וכתב בספר יד המלך - "לא דמיין אהדדי, דשאני התם שמכרו סתם ולא ידע הלוקח שמקצתו גזול, משום הכי יכול לומר כיון שבטל מקצתו בטל כולו. משא"כ בנ"ד דכבר אמר דעל חלק אחיו לכשיגדיל יפייסנו, מחית נפשיה לספיקא או ימות קודם שיפייסנו שיתקיים המקח במחציתו. ובהכי נחא ההיא דפרק יש נוחלין דמיירי באומר שדה זו שהיא שלי ושל חברי אני מוכר לך, דכיון שגילה לו שיש בתוך המכר חלק חבריו מחית נפשיה לספיקא, ואם לא יועיל לחלק חבריו יקנה מחציתו".

וכן בשו"ת ישמח לב (להג"ר חיים מנחם פראנג"י ז"ל מחכמי קושטא) חלק ב' חו"מ סי' ח' כתב בתוך דבריו - "ניחזי אנן במאי מיירי הסוגיא ... אם הוא באופן דהודיעו המוכר ללוקח ופירש לו להדיא דהחלק האחר הוא מחבירו ושלא ברשותו מוכר לו לסיבת מזה, ועל סמך שיפייסנו. דהרי לאו בשופטני עסקינן, דבאופן כזה הרי הלוקח על הכל נכנס לקנות ומחית לספיקא, דאף אם לא יהא בידו לפייסו ויבוטל המקח מחלק זה, עכ"פ ישאר לו החלק האחר של המוכר. או אפשר דהסוגיית מיירי אף באופן דלא הודיעו מזה ללוקח אלא סבור ובא הלוקח דהכל היה זכותו של המוכר. והנה בהדיא מצאתי ראיתי להאי תנא דידן הרב מהר"א פאלומבו ז"ל בס' יד המלך בהלכות מכירה דף ע' ע"א שהיה נ"ד כעין זה בראובן שמכר כל הבית חלקו וחלקו אחיו ג"כ, דהביא מדברי הרב הפוסק שרצה לומר דבטל כל המקח דבאנו למחלוקת הרא"ה והרשב"א שהביא הר"ן בפרק האיש מקדש במוכר שדה לחבירו ונמצאת מקצתו גזול והרי אותו מקצת יוצא מתח"י, כיון שבטל מקצתו בטל כולו כך הוא דעת הרא"ה. אבל הרשב"א סובר דהמקח מתקיים בשאר וכו'. ועפ"ז דן הרב הפוסק דהלוקח הזה אם היה רוצה לחזור

ולפי זה, אם יבקש הקונה לבטל את המקח, יוכל לקבל את דמי המקח ששילם, אך יחוייב בתשלום שכר דירה עבור כל אותה תקופה שגר בדירה זו. ובנוסף יהא צורך לתת את הדעת על שאר העניינים הכרוכים בביטול המקח, והנובעים ממנו.

ביחס לטענת הקונה שהרישום בטאבו מעמיד את שטח הדירה על 58.2 מ"ר, ובכך הופחת ערכה. נראה שאין בטענה זו לשנות את המסקנות הנ"ל.

ביחס לעצם הטענה, נראה שמאחר ושטח החלקה במלואה עבר לקונה, ונרשם במלואו על שמו, הרי שכל המעיין בנסח הטאבו יווכח שגודל החלקה הוא 72 מ"ר. וממילא בעל הדירה יוכל להבהיר לכל מאן דבעי, ששטח הדירה הרשום - 58.2 מ"ר, הוא שטח הדירה בלא הקירות החיצוניים, וכפי המפורט בתרשים המצורף לתיק.

בנוסף, נראה שלעניין טענה זו יש להחיל את הקבוע בסעיף 3 להסכם המכר, שבו נכתב - "הקונה מצהיר בזאת כלפי המוכר, כי בדק את הדירה, את הזכויות בה, את מצבה המשפטית ואת מצבה התכנוני ברשויות התכנון והבניה וכי הוא מוותר על כל טענה בדבר פגם או מום בגין אי התאמה של הדירה למטרותיו או כל טענה אחרת בדבר מצב הדירה ונתונייה, למעט פגם נסתר, ובכפוף לקיום התחייבותיו של המוכר כמפורט בהסכם זה".

פגם זה, ששטח הדירה הרשום הוא 58.2 מ"ר בלבד, נבע מבעיית הרישום בטאבו, כמפורט לעיל, ועניין זה נכנס בגדר "פגם או מום ... או כל טענה אחרת בדבר מצב הדירה ונתונייה". וביחס לעניין זה, מחילת הקונה על טענה מסוג זה, מונעת ממנו להעלותה כעילה לחריגה ממילוי מלא של הוראות הסכם המכר.

גם לולי האמור לעיל, הרי שגם אליבא דטענת הקונה שיש לראות ברישום הנ"ל משום מום במקח, עכ"פ אין הלכה כשיטת הרשב"א הפוסק שהמקח קיים והמוכר מחזיר את ההפרש, וכמו שהתבאר לעיל, אלא חזר הדין המבואר לעיל, כדעת כל הראשונים החולקים על הרשב"א, הפוסקים שאם נמצא מום במקח, המקח בטל.

עפ"י האמור לעיל יכתב בפסק הדין כדלהלן -

בפני בית הדין תביעת מר י.ט. כנגד הנתבע מר י.ל. בין התובע לנתבע נעשתה עסקה למכירת דירת מגורים בצפת. התובע טוען לחובת הנתבע להשלמת יתרת התשלום המחוייב תמורת הדירה, והנתבע העלה טענות על פגמים שהתגלו בדירה נשוא העסקה.

בית הדין שמע את טענות הצדדים ועיין בחומר שצורף לתיק.

מתוך החומר שלפנינו עולה שהשטח שנמכר לקונה היה 72 מ"ר. על שטח זה קיימת דירה ששטחה נטו (בלא קירות חיצוניים) הוא 58.2 מ"ר. היתרה שבין 58.2 מ"ר ל - 72 מ"ר הוא השטח עליו עומדים הקירות הנמצאים בחלקה זו. שאר עובי הקירות, שהם קירות משותפים לדירות סמוכות,

אך זה אינו הרשב"ם בסוגיא פרש - "א"ל אביי מצי למימר לך, דהאי דקאמר כ', לא לתת לך כ', שהרי גם הוא היה יודע שאין בשדה אלא חמיסר. אלא דעדיפא כעשרין של שדה אחר אמר לך ולהשביח מקחו אמר כן", וע"ע בנמוקי יוסף.

מבואר ברשב"ם שבאותו מקרה, הקונה הכיר את השדה וידע שאין בה אלא חמיסר, ועל כן ניתן לומר שהמוכר אמר כ' רק כדי להשביח את מקחו.

ובפירוש ר"י קרקושא עמ"ס ב"ב דף קו: כתב - "מר קים ליה בגויה. מכיר אתה השדה ויודע היית שאין בו אלא חמיסר, וכיון שידעת מחלת".

והרמב"ם בהלכות מכירה פרק כח הלכה יג פסק - "המוכר לחבירו שדה שהלוקח יודע אותה ואת מצריה וכבר הורגל בה, אפילו אמר לו יש במשיחתה מאתים ונמצאת בה מאה וחמשים הגיעתו, שהרי ידעה וקבל עליו, וזה שהזכיר לו החשבון, כלומר שהוא יפה כמו שדה אחרת שיש במשיחתה מאתים". וכן בשו"ע סי' ריח סט"ז.

מלשון הרמב"ם והשו"ע שכתבו "שהרי ידעה וקבל עליו", משמע כרשב"ם, שהקונה שהורגל בשדה, ידע שלמעשה אין בשדה כפי שאמר המוכר בעת עריכת העסקה.

על כן, סוגיא זו אינה עניין לנידון דידן. אמנם גם בנידון שלפנינו הלוקח הכיר דירה זו והורגל בה, פרק זמן גדול לפני המכירה, בעת שגר בה כשוכר. עכ"פ הקונה לא ידע שארעה טעות במידת השטח המדוברת ביניהם, ומידה זו אינה מידת השטח המדוייקת של הדירה.

ובנוסף, סברת "להשביח את מקחו", המוזכרת בגמ' אינה שייכת בנידון דידן, שהרי גם המוכר סבר באותה עת שהשטח הוא קרוב לשמונים מ"ר, ובהכרח שהמוכר לא הזכיר מידת שטח זו במגמה להשביח את המקח, אלא אמר דבריו מתוך ידיעה שכך הוא השטח האמיתי, אך לבסוף לשניהם התבררה הטעות.

המסקנה העולה מפסק הדין

המסקנה מכל האמור היא שאם הקונה יבקש לבטל את המקח יש מקום להורות על ביטול המקח. אך הקונה אינו יכול לטעון שברצונו לקיים את המקח ולהפחית ממחיר הדירה, בהסתמך על שיטת הרשב"א הסובר שיכול לעשות כן. מאחר ששיטה שנדחתה מהלכה, ואינו יכול לומר קים לי כדעה זו.

אף אם נדון את הקונה כמוחזק בדירה ובמעו, אפילו הכי אינו יכול לטעון טענת קים לי. אך כפי הנראה במקרה הנוכחי הדירה עדיין לא נרשמה על שמו בטאבו, עקב עיכוב התשלום האחרון, ויש לדון אם הקונה נחשב מוחזק בנסיבות אלו, אך כאמור, אין צורך להכנס לדיון זה.

בשו"ע חו"מ סי' רלב סעיף טו פסק המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל. ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר".

מעיקרו. עליו להודיע לבית הדין תוך שלושים יום, האם ברצונו לבטל את המכר.

ביטול המכר יגרור אחריו חיוב הקונה בתשלום שכר דירה, על כל התקופה בה גר בדירה, (כמובן, למעט התקופה בה גר כשוכר ושילם שכר דירה כמוסכם). בנוסף יהיה מקום לדון כיצד להתייחס להפסדים הכרוכים בביטול המכר (קרי, להוצאות הכספיות שהמוכר הוציא בכל ההליך ועם ביטול המכר יתבררו כמיותרות).

אי ביטול המכר מחייב את הקונה במילוי מלא של חלקו בהסכם המכר, ללא כל עיכוב, לרבות תשלום מלוא המחיר הקבוע בהסכם, מיד עם כניסת פסק הדין הנוכחי לתוקף.

נמצאות בחלקה אחרת, ומלכתחילה לא היו בבעלות המוכר, וממילא לא נמכרו לקונה.

מאחר ומתוך הנתונים שהוצגו לקונה בטרם נחתם הסכם המכר, עולה ששטח הדירה הוא 79.84 מ"ר, וכך נרשם בתשריט המצורף להסכם, ולמעשה השטח שהיה בבעלות המוכר היה רק 72 מ"ר, והיתרה היא כנ"ל. על כן עומדת לקונה הזכות לבקש ביטול המכר.

הקונה הודיע בדיון בבית הדין שאינו מבקש ביטול המכר, אלא הפחתת המחיר. עם קבלת פסק הדין הנוכחי ולאחר שיתברר לקונה שבקשתו זו אינה מתקבלת, ינתן לקונה פרק זמן לשקול האם בנסיבות אלו הוא מבקש לבטל את המכר

סימן מג

תביעה להחזר תשלומי שכר לימוד

יג סיון תשנ"ט

בשמירת מצוות, ובעקבות ספקות שהתעוררו אצלה פנתה לרב מוסמך בשאלת רב, והלה הורה לה להפסיק מיד את השתתפותה בלימודים אלו מפני הלימודים המעורבים ומפני למודי הקבלה. כמו כן פנתה לרב נוסף שהורה לה הוראה דומה. ובהתאם להוראה זו התובעת הפסיקה את לימודיה, אך כשבקשה לקבל את יתרת הצ'קים ששולמו נענתה בשלילה, וזו עילת התביעה שבפנינו.

הנתבע טען, שמאחר שהנתבעת התחייבה לשלם שכר לימוד מלא, וסוכם מראש שלא ישיבו לה את כספה לאחר השתתפות בשני השיעורים הראשונים, אין מקום לתביעה לקבל חזרה את כספה. לדבריו, לא סוכם מראש על הפרדה בין בנים לבנות, וכמו כן טען שאין זה נכון שעיקר הלימודים הם למודי קבלה אלא הן נלמדים כחלק מלימודי הרפואה היהודית כשהמטרה היא להראות את הקשר שבין המצוות לאברי הגוף והגידים, לדבריו, כל תכניות הלימודים מבוקרות על ידי הרב ... שהוא בעצמו מעביר שיעורים במכללה.

בפנינו כמה שאלות לבירור. ראשית, עלינו לברר האם ההתחייבות לשלם את מלוא שכר הלימודים, גם ללא השתתפות בשיעורים במשך כל השנה, היא התחייבות ברת תוקף. כמו כן עלינו לברר האם בנסיבות הנוכחיות שהתובעת שאלה שאלת חכם, והורו לה שעליה להפסיק מיד את הלימודים, האם עקב כך היא זכאית לקבל את התשלום עבור החדשים שבהם טרם למדה.

נקדים, התובעת התחייבה, התחייבות ברת תוקף, לשלם על כל שנת הלימודים, בהתאם לתנאים שסוכם מראש. אמנם אין זו חתימה על שטר התחייבות המועיל, שהרי רק הצהירה שהיא יודעת שכספה לא יוחזר לה לאחר שני השיעורים הראשונים, ולא נעשה קניין המועיל או בהסכם בר תוקף המנוסח כראוי. חתימה זו נחשבת כהודעה וכהודאה שידועים לה התנאים שסוכם מראש, אך לא חתימה על מסמך מחייב.

בפני בית הדין תביעת התובעת א. מהנתבע ב. להחזר צ'קים שנתנה לנתבע במסגרת רישום ללימודים.

התקיים דיון בבית הדין, ולהלן העובדות כפי שהוצגו לבית הדין.

בעיר ג. קיימת מסגרת הנקראת בשם ובראשה עומד הנתבע. בפרוספקט המתאר את הפעילות במכללה נאמר כי המגמה היא לימודי רפואה יהודית וכי "התלמידים ילמדו לאבחן את המחלות ולהבין את הסיבות להיווצרותן תוך הכרת כוחות הריפוי המצויים באדם ודרכים לחיזוקם ואיזונם. התלמידים ילמדו להכיר את הטבע ולזהות את סגולותיו המשפיעים על רפואת האדם השלמה. הלימודים כוללים סדנאות ומפגשים רוחניים בגליל ובמדבר סיני". בין הנושאים המפורטים בפרוספקט בנושאי למוד - "ששת רמות הריפוי השלם על פי הקבלה".

התובעת נרשמה ללימודים במכללה, ובטופס ההרשמה חתמה על טופס שבו נכתב כדלהלן - "התחייבות. אני הח"מ מאשר כי הובא לידיעתי כי השתתפותי במפגש אחד בקורס מהווה מבחינתי הסכמה להשתתף בקורס כולו, ותשלום שכר לימוד מלא. הודעה בכתב על הפסקת לימודים מראש לאחר שני מפגשים תזכה בהחזר 80% משכר למוד. לאחר השתתפותי בשני מפגשים או יותר לא אהיה זכאי להחזר שכר למוד".

התובעת טענה ששילמה בתחילת שנת הלימודים בצ'קים דחויים עבור שכר הלימוד של כל השנה. התובעת סיפרה שהלימוד מעורב בנים ובנות ביחד, למרות שמראש סוכם שתהיה הפרדה בין בנים לבנות. וכן טענה על לימודי קבלה, כגון על עשר ספירות וקליפות וכדומה, והביאה כדוגמא את הקטע "פתח אליהו" שצולם ונלמד במסגרת השיעורים. לדבריה, לאחר שלשה חדשי לימודים התחזקה

מיותרים, לרבות על הדין אמרו, דבין ימצא אחרים בין לא ימצא יתן לו שכרו משלם."

מבואר בתשובה זו, שאם סוכם מראש שהתלמיד מחוייב בתשלום על כל השנה, אף אם למעשה ילמד רק חלק ממנה, הרי שהוא מחוייב בתשלום מלא, ואין מקום לפסוק שישלם רק כפועל בטל.

אמנם בנידון דידן אין מקום לדון מכח הטעם הראשון שכתב הרשב"א דהוי כאכלושי, ואין מקום לדון את הנתבע כמלמדי תורה שמצירים על ביטולה, ועוד שבין כה וכה מלמד אחרים באותה שעה. אך שני הטעמים האחרים שכתב הרשב"א כוחם יפה לענייננו. שבעיקר המלאכה הנתבע אינו כפועל בטל שהרי אינו בטל ממלאכתו מחמת תלמיד אחד שפרש מלימודו, (למעט חלק מסויים מהעבודה שהמלמד מקדיש לכל תלמיד בנפרד). ועוד מאחר שהתובעת והנתבע התנו מראש לשלם תשלום מלא, התנאי מחייב, כמבואר בתשובת הרשב"א שהבאנו.

אך במקרה שלפנינו יש לדון, מאחר שלדברי התובעת פרשה מהלימודים לאחר שהתחזקה במצוות ושני רבנים מוסמכים הורו לה שאין היתר ללמוד לימודים המשולבים בלימודי קבלה, וכן מפני הלמוד המעורב של בנים ובנות יחדיו. יש מקום לברר האם בנסיבות אלו יש לפטור את התובעת מתשלום שכר הלימוד של אותם חדשים שלא למדה.

ראשית נציין כמה מקורות לביסוס אותו פסק הלכה שניתן לתובעת.

הרמ"א בשו"ע יורה דעה סי' רמו סעיף ד' פסק – "ואין לאדם לטייל בפרדס רק לאחר שמלא כריסו בשר ויין, והוא לידע איסור והיתר ודיני המצות (רמב"ם סוף מדע ס"פ ד' מהל' יסודי התורה)".

והש"ך סק"ו כתב – "גם המקובלים ושאר האחרונים הפליגו בדבר שלא ללמוד חכמת הקבלה עד אחר שמילא כריסו מהש"ס, ויש שכתבו שלא ללמוד קבלה עד שיהא בן ארבעים שנה כמ"ש בן ארבעים לבניה, בשגם שצריך קדושה וטהרה וזריות ונקיות לזה. ורוב המתפרצים לעלות בחכמה זו קודם הזמן הראוי, קומטו בלא עת, כמ"ש כל זה בדברי חכמי האמת"

ובביאור הגר"א כתב על דברי הרמ"א והש"ך, וז"ל – "ואמת שאין לאדם לטייל כו' כמ"ש בחגיגה י"ג א' אין מוסרין סתרי תורה כו' וכנ"ל", וכוונתו לאמור במסכת חגיגה דף יג. – "אין מוסרין סתרי תורה (כגון מעשה מרכבה וספר יצירה ומעשה בראשית. רש"י) אלא למי שיש בו חמשה דברים, שר חמשים ונשוא פנים ויועץ וחכם חרשים ונבון לחש". ועיין ברש"י בספר ישעיהו פרק ג' פסוק ג' שפרש – "יועץ, יודע לעבר שנים ולקבוע חדשים, וחכם חרשים, שכשפותח בדברי תורה נעשו הכל כחרשים, ונבון לחש, ראוי למסור לו סתרי תורה שנתנו בלחש כגון מעשה בראשית ומעשה מרכבה".

אך יש לראות בהתקשרות בין התובעת לנתבע משום שכירות פועלים. דהיינו התובעת שכרה את הנתבע ללמוד שנת לימודים במתכונת המתוכננת. בדיני שכירות פועלים כתב הש"ך בסי' של"ג ס"ק יד בשם הריב"ש – "בכל אלה אין צריך קנין, אלא התחלת המלאכה היא הקנין", וכן הסכימו הפוסקים.

אמנם אם בעל הבית חוזר בו צריך לשלם לפועל על הזמן שלא עבד, כפועל בטל בלבד, עיין בטור ושו"ע חו"מ ריש סי' שלג. אך בנידון שלפנינו אם אחד התלמידים חוזר בו, עליו לשלם את מלוא השכר שסוכם עליו מראש. והדברים מבוארים בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' א'. ולהלן עיקרי דבריו –

"שאלה. עשרה תלמידים שכרו רב אחד, והתנו ביניהם ללמוד לפניו כל תלמיד בעשר ליטרות לשנה. והתנו ביניהם שכל מי שימרוד, ולא יבא ללמוד, שיפרע שכירות כל השנה המגעת עליו, כאילו בא ולמד כל השנה כולה. ועל פי תנאי זה נתן כל אחד משכון ביד שלישי אחד, שאם ילמוד או לא ילמוד יפרע לו שכרו משלם. ומי שימרוד ולא יפרע, יתן השלישי משכון המורד להרב, בשביל כל השכירות המגעת. והתחילו ללמוד. ונוספו לרב תלמידים. ועלתה שכירותו י"א ליטרות. ולשלשה חדשים נסתלק אחד מהתלמידים, ולא רצה ללכת למדרש. כי אמר שהרב לא היה רוצה ללמוד פירוש רש"י על הספר, ותבע התלמיד ההוא משכונו מהשלישי, ואמר תן לי משכוני ואתן לך או להרב שכירותו שמגעת לו ממה שלמדתי עד היום הזה. ואמר השלישי תן לי או להרב שכירות כל השנה, ואתן לך משכונך כמו שהתנית. אמר התלמיד לא אתן אלא כפי הימים שלמדתי, לפי שלא הפסדתיו כלום. בעשר ליטרות שכרנוהו, ומלבד שכירותו יש לו עשר ליטרות".

"תשובה. הדין עם הרב, מכמה טעמים. שלפי מה שיראה מתוך הדברים, רשאי היה הרב להביא לפניו תלמידים אחרים מלבד הראשונים ולהוסיף עליהם, כדי להרבות בשכרו על עשר ליטרות ... ודומה למה שארז"ל אמר רבא האי מאן דאגר אגורי לעבידתא, ושלים עבידתא בפלגא דיומא, אי אית ליה עבידתא דניחא מינה, אי נמי דכוותה, מפקיד להו. דקשה מינה לא מפקיד להו. ונותן להם שכרם משלם. והכי נמי שכרו בעי למיתב ליה, משום דמלמד הוי כאכלושי בעבידתא דעלמא. דאמרינן התם עלה דההיא דנותן להם שכרם משלם והא אמרת אינו דומה הבא טעון לבא ריקם, עושה ליושב ובטל. ופריק כי קאמר רבא באכלושי, דאי לא עבדי חלשי. ולומדי התורה אינם נהנים בבטולם, אלא מצירים. ועוד דהא צריך הוא ללמוד, ואינו בטל מחמת חלקו של זה. ועוד דכיון שהתנה מתחלה שאם יחזור בו יפרע משלם, נ"ל שהוא חייב לשלם משום תנאו. דמאי אמרת, לא התנה זה אלא שאם יחזור ולא ימצא הרב מי ישכרנו שיהא הוא נותן לו כדינו א"כ לא היה צריך תנאי זה. שאפילו לא התנה, כך היה דינו. אלא כיון שאמר דברים

ובספר נתיבות המשפט חו"מ סי' ט' סק"א כתב - "יש להסתפק בשוכר עדות שקר והעיד לו, אם חייב להחזירו כשיתבענו כמו בשוחד. ונראה דאין חייב להחזיר, דדוקא בריבית ושוחד דאמר רחמנא לא תיקח ומאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני ... משא"כ בשוכר עדי שקר דלא כתב רחמנא לאו על הלקיחה, רק שלא להעיד שקר, דמי לאתנן שנותן שכר בעד ביאה אסורה, שאין צריך להחזיר".

וע"ע בשו"ת תשורת ש"י ח"א סי' ז' שהסכים עם דברי הנתיבות וסיים - "הגם שכתב דאין צריך להחזיר, מ"מ ודאי גם לכתחילה חייב לשלם כדמוכח מהא דאתנן". (ומש"כ בשו"ת מערכי לב (להרי"ל צירלסאהן) סי' קיג לדייק בכוונת הנתיבות שדוקא לאחר שכבר שילם לאותו העד שהעיד עדות שקר, הכסף ישאר בידו, אך בטרם שולם הכסף, העד אינו יכול לתבעו, כל זה אינו נראה בכוונת הנתיבות, וכמ"ש התשורת שי).

וע"ע בשו"ת חתם סופר חו"מ סי' כז ובאמרי בינה הלכות דיינים סי' יז ובהלכות טו"נ סי' לא שדחה דבריו.

העולה מדברינו שהשוכר את חבירו לשכירות שיש בה משום איסור, והלה השלים את שכירותו, השוכר חייב לשלם את מלוא התשלום, ואינו יכול להמנע מהתשלום בטענה שהיה איסור בעצם המעשה.

אך בנידון שלפנינו התובעת לא השתתפה בחלק גדול מהשיעורים, ולאחר שלשה חדשים פרשה מהלימודים ובקשה לקבל את כספה בחזרה, יש לדון האם גם בנסיבות אלו יוכל הנתבע לקבל את מלוא שכר הלימוד למשך כל השנה.

נקדים לדון בשאלה העקרונית, והיא - מי ששכר פועל למלאכת איסור ושלם לו על כך, ובטרם נעשתה המלאכה חזר בו השוכר, האם יוכל לקבל חזרה את שכרו או שהפועל יוכל לעמוד על זכותו לעשות את מלאכת האיסור ולהשאיר את השכר אצלו.

נפתח בדברי החוות דעת בסי' קסא סק"ה. החו"ד הסכים עם מש"כ המל"מ שהמלוה את חבירו בריבית, ולאחר זמן טען המלוה מאחר שנודע לי שיש איסור ריבית החזר לי מעותי, הדין עמו. ואח"כ כתב החו"ד - "הכא שהקנה לו המעות לזמן כדי שיתן לו אגר נטר, וכיון דאגר נטר אסור לו, ודאי גם הקנין לזמן במעות בטל ... דהא לא נתן לו המעות רק בעד זה, דמי לאומר הרי לך טלה באתנן, אף דהביאה אסורה, ודאי דלא אמרינן שיהיה הטלה במתנה בידה מחמת שהמקח הוא בעד האיסור ואי אפשר לו לקיים הדבר מחמת האיסור. ואף דהיא אומרת אנא הא קאימנא קיים תנאך ובעל אותי, אפילו הכי כיון דאי אפשר לו לקיים תנאו מחמת האיסור צריכה להחזיר הטלה, כמבואר במסכת עבודה זרה ריש פרק השוכר את הפועל".

לפי דרכו של החוות דעת גם בנידון שלפנינו התובעת שילמה לנתבע סכומי כסף תמורת הלימודים, ואחר שקבלה פסק הלכה שהלימודים אסורים עבודה, לא יועיל מה

והחיי אדם כתב בכלל י' סעיף יב - "אין לאדם ללמד כי אם מקרא משנה גמרא פוסקים וספרי מוסר ובוזה יקנה האדם העולם הזה והעולם הבא. ומ"מ מותר ללמוד באקראי שאר חכמות, ובלבד שלא יהיו ספר אפיקורסים. ואין לאדם ללמוד חכמת הקבלה אלא עד שימלא כריסו בגמרא ובפוסקים ויהא ירא שמים גדול ויושב תמיד ועוסק בתורה, אבל בלא זה אסור, ומאד החמיר בזה ר' חיים וויטאל ז"ל".

ומבואר בדבריו שאסור ללמד בספרי הקבלה אף באקראי, אלא לאחר שהושלמו התנאים שכתב.

ובצוואת הנתיבות אות ט' כתב על לימוד חכמת הקבלה - "ואין לסמוך על לימוד חכמה הזאת בזמן הזה משום אדם, ובפרט מאותן שלא מלאו כריסם בש"ס ופוסקים ומתפארים בחכמה זו. לא תאמין ולא תאבה ולא תשמע אפילו לדבר קל מהם. ולא שמענו מי שהיה מכיר חכמה זו לאמיתתה רק אותם שהיו חריפים טובא כגון הרמב"ן והרי"י ודומיהם זצ"ל, ועם כל זה היה עיקר לימודם בש"ס ופוסקים, כמבואר בספרי הרמב"ן והרשב"א ע"ש".

וע"ע בספר יחזה דעת לראשל"צ הגאון הרב עובדיה יוסף שליט"א ח"ד סי' מז שהאריך בזה, וע"ע בשו"ת אגרות משה חלק או"ח ח"א סי' מא וחלק או"ח ח"ה סי' יא.

ביחס להפרדה בין בנים לבנות, הדבר נחוץ מדינא, וכפי שעולה מדברי הרמב"ם הלכות יו"ט פ"ו הלכה כא, ועיין בספר יחוה דעת ח"ד סי' מו שהאריך להוכיח שחובת ההפרדה בשעת הלימודים בין בנים לבנות היא מצד הדין ולא ממידת חסידות בלבד.

ואמנם יתכן שיש מקום לשיקול דעת ובירור הלכה ביחס לציבור הרחוק מתורה ומצוות, לקיים עבורו מסגרת מתאימה על מנת לקרבם לתורה ומצוות, ולשקול האם יש מקום להורות שגדולה עבירה לשמה וכו'. אך ביחס לתובעת לאחר שהתחזקה בשמירת מצוות ושאלה שאלת רב, הרי שבמצבה החדש היה מקום לפסק ההלכה שקבלה.

על כן יש מקום לדיון, האם בנסיבות אלו יש מקום לתביעת התובעת להחזר הצ'קים שנתנה עבור הלימודים במשך אותם חודשים שכבר לא למדה.

לצורך בירור שאלה זו, עלינו לדון בשאלה עקרונית, והיא האם אדם ששכר את חבירו לעשות מעשה אסור, האם על השוכר לשלם לפועל את שכר פעולתו.

מצינו בגמרא במסכת ב"ק דף ע: שאדם מחוייב בתשלום אתנן, אא"כ התחייב בביאתו מיתת בית דין וקם ליה דרבה מיניה. וכתב בביאור הגר"א אה"ע סי' קעז ס"ק כג - "הא בשאר דלא קם ליה דרבה מיניה חייב בדינא". וכן מבואר ממש"כ הרמ"א בחו"מ סי' פז סוף סעיף כה ובש"ך ס"ק נח. וכן כתב בתשובת מהר"י באסאן שהביא בספר אמרי בינה הלכות דינים סי' יז וז"ל - "האומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לך כך וכך ועשה חייב ליתן לו מה שאמר, אע"פ שיש דבר עבירה בדבר ההוא שעשה חבירו על פיו, ויש על זה כמה ראיות, אחת מהנה אתנן הזונה".

וכתב שמבואר כן בש"ס, והוא פלא ואין מבואר שם כלום, ובריטב"א שם מבואר ההפך.

וע"ע בספר אמרי בינה קונטרס דיני קניינים סי' יא ובמהרש"ם ח"ו סי' קלב שהעירו על החו"ד מדברי הריטב"א. ועיין בספר לאור ההלכה (של הג"ר ש"י זיין ז"ל) עמ' שטו, שתמה על החוות דעת שכתב דאפילו אומרת אנא הא קאימנא צריכה להחזיר את הטלה, דברשב"א ובריטב"א מבואר להיפך ולשיטתם האשה קנתה את הטלה לגמרי, ומסקנתו שמאחר שהחוות דעת לא ראה את הרשב"א והריטב"א, נקטינן כרבותינו הראשונים.

אך לאחר העיון נראה שאין פירכא על דברי החוות דעת מדברי הרשב"א והריטב"א. הרשב"א והריטב"א כתבו שהטלה שייך לאשה מאותו הזמן שמשכה את הטלה, וזאת תמורת הפסיקה שפסקו על הביאה, על כן תמהו על מש"כ בגמרא דאינה יכולה להקדישו מכיון שעדיין אינו שלה, על כן הריטב"א הוזהר לבאר דהכא מחמת כסיפותא לא גמר והקנה אלא נתן בפקדון. אך גם לולי סברא זו של כסיפותא, אין מבואר בדבריהם מה הדין אם לאחר שנתן הטלה יחזור בו מחמת האיסור ויתבע דמי הטלה, האם יוכל לקבלו בטענה שמבטל את העסקה מפני האיסור שיש בה, ומבקש כספו בחזרה. דהיינו יתכן שהטלה נקנה לאשה בעת שמשכה מאחר ובאותו זמן האיש הסכים לכל העניין, אך אם לאחר שעה יחזור בו, הטלה נשאר בבעלות האשה ונ"מ שתוכל להקדישו, אך תחוייב בהשבת דמי שווי הטלה מאחר שהאיש מבקש לחזור בו מחמת האיסור. הרשב"א והריטב"א אינם שוללים סברא זו, ודבריהם נסובים רק על האמור בגמרא שהטלה גופו אינו שייך לאשה, ולא תוכל להקדישו. על כן במלוה החוזר בו יוכל לתבוע חזרה את מעותיו, דלעניין זה שיכול לטעון שאינו מסכים לעבור איסור ומבקש מעותיו חזרה, בזה אין גילוי ברשב"א ובריטב"א שיחלקו על כך. ולעניין מלוה אין נ"מ דמלוה להוצאה ניתנה ובכל מקרה אינו חפץ במעותיו דוקא אלא בדמי שווי ההלוואה.

לאחר העיון בדברי הריטב"א עולה שאין מקום למה שייחס החלקת יואב לריטב"א, החלקת יואב כתב בלשון זו - "להדיא מבואר בריטב"א בריש השוכר דנתן לה אתנן ואח"כ רצה לחזור מן העבירה והוא תובע ממנה הטלה, יכולה היא למימר אנא הא קאימנא ואנא מוכן לפניך לעבור עבירה, וה"נ בריבית שיוכל הלוה לומר אני מוכן ליתן ריבית ומצידי אין מניעה". ואילו בריטב"א מבואר רק דינו של הטלה ואין מבואר שהאיש אינו זכאי לבטל העסק ולבקש כספו בחזרה.

העולה מדברינו שאמנם נעלמו מהחו"ד דברי הריטב"א על כן פרש את דברי הגמרא כפשוטן, שהאשה אינה קונה את הטלה מכיון שהנותן יכול לחזור בו, והריטב"א פרש שהטלה גופו נקנה לאשה והעמיד סוגיית הגמרא באוקימתא. אך גם לשיטת הריטב"א אמנם הטלה נקנה לאשה, אך היינו דוקא כל עוד הנותן מעוניין בקיום העסקה, אך יוכל לחזור בו ולקבל את דמי הטלה בחזרה, אך לא את

שיאמר הנתבע "אנא הא קאימנא הכל תלוי בכך אם תרצי תוכלי ללמוד", דמאחר שהיא מנועה מכך עקב האיסור שבדבר, הנתבע יאלץ להחזיר לה את כספה.

ביחס לראיית החו"ד מהגמרא במסכת עבודה זרה, נראה שכוונתו למבואר שם בדף סב: - "נתן לה ואחר כך בא עליה, לכי בא עליה ליחול עליה איסור אתנן למפרע. אמר רבי אלעזר כשקדמה והקריבתו. ה"ד אי דאמר לה, קני לך מעכשיו, פשיטא דשרי, דהא ליתיה בשעת ביאה, ומתנה בעלמא הוא דיהיב לה. ואי דלא אמר לה קני לך מעכשיו, היכי מצי מקרבה ואיש כי יקדיש את ביתו קדש אמר רחמנא, מה ביתו ברשותו, אף כל ברשותו. אלא, דאמר לה להוי גביך עד שעת ביאה, ואי מיצטריך לך קני מעכשיו".

ומבואר בגמרא שאם נתן לה בסתמא ולא אמר לה שתקנה מעכשיו, אינה קונה אותו ויהא שלה ואינה יכולה להקדישו. ומשמע, שגם שאמרה אנא הא קאימנא, והטלה שלי אף אם הנותן חוזר בו, לא מהני ואינו שלה.

אך כבר העירו על החוות דעת שנעלמו ממנו דברי הריטב"א בחידושו שם בסוגיא. וז"ל הריטב"א - "הקשה מורי הרשב"א נ"ר, דהכא שלו וברשותו הוא, דכיון דמשכתיה קניתיה במשיכה, ואי משום דלא בא עליה, אין הבעילה אלא דמים, וכל שמשך ופסק דמים קנה אף על פי שלא פרע, ואין המעות אלא כחוב אצל הלוקח ... וקושיא גדולה היא זו, והעלה רבינו בגימגום. והנראה לי בזה דבעלמא כל שהמשיך פירותיו אחר פסיקת דמים גמר והקנה, דסמוך דפרע ליה לוקח שפיר, וכי לא פרע ליה נמי כייף ליה בדינא דלא כסיפא ליה מילתא למיתבעיה, אבל הכא דכסיפא מילתא למיתבעיה לביאה, אנן סהדי דלא מקני כלל, אלא שיהא בפקדון אצלה עד שיבעול".

מבואר דהרשב"א והריטב"א סבירא להו בפשיטות שהטלה נקנה לאשה מיד, וזאת בתמורה להתחייבות שלה, וממילא כך הדין בכל מי ששילם תמורת התחייבות למלאכת איסור, התשלום במקומו עומד, כל עוד הפועל מוכן לעשות את האיסור ואומר אנא הא קאימנא. אלא שהריטב"א באר הגמרא שבנידון שם קיימת אומדנא שמעיקרא לא הקנה את הטלה לאשה מפני שכסיפא ליה למיתבע לאשה לקיים דבריה, וגמר ונתן לשם פקדון כדי שיוכל לקבלו חזרה אם האשה תחזור בה.

ובספר חלקת יואב חלק יו"ד סי' כג כתב - "ואגב אעורר על דברי המחנה אפרים בסי' לו במלוה לחבירו בריבית קצוצה ואח"כ נודע למלוה שזה אסור ורוצה לחזור ליקח המעות בחזרה, דסובר המל"מ דצריך להחזיר המעות. הדבר לי לפלא, שהרי להדיא מבואר בריטב"א בריש השוכר דנתן לה אתנן ואח"כ רצה לחזור מן העבירה והוא תובע ממנה הטלה, יכולה היא למימר אנא הא קאימנא ואנא מוכן לפניך לעבור עבירה, וה"נ בריבית שיוכל הלוה לומר אני מוכן ליתן ריבית ומצידי אין מניעה ... ולפלא לי על החו"ד סי' קס"א סק"ה שפשוט לו הדין להיפך דצריכה להחזיר לו את הטלה.

מהותה. אך עיין בחו"ד שם שבמקום בו עצם ההתקשרות אינה התקשרות של איסור, אלא שאחד מתנאי התשלום כרוך באיסור ריבית, המקח קיים מאחר ואפשר לקיימו בהיתר. נראה דה"ה במקרה שלפנינו עיקרן של הלימודים הם לימודי רפואה בדרך מסויימת, ולימודי הקבלה אינן עיקר הלימודים, וכפי שנאמר ע"י הנתבע בדיון, מכאן ולהבא עיקר הלימודים אינם כוללים ענייני קבלה. על כן ביחס לשאר מרכיבי הלימוד שאין בהם כל איסור אינה יכולה לחזור בה, ובלבד שיאפשרו לה ללמוד ללא תערובת של בנים ובנות ביחד, דהיינו לכל הפחות שתבצע הפרדה בתוך הכיתה בין קבוצת הבנים לקבוצת הבנות, הפרדה כזו שהבנים ישבו בצד אחד והבנות בצד אחר, ועיין בשו"ת אגרות משה חאו"ח ח"א סי' מא ואו"ח ח"ה סי' יא שחילק בין אם ההזמנה להשתתף היא הזמנה לכלל הציבור שאז יש צורך במחיצה, או שההזמנה היא לאנשים פרטיים בלבד, שאז די בהפרדה בתוך החדר גם ללא מחיצה. ועל כן אילו היינו מתכנסים בבית הדין לדיון מיד בעת שהתובעת דרשה לקבל חזרה את כספה, היינו פוסקים שאם הנתבע מסרב להשיב לה את כספה עליו לאפשר לה להמשיך בלימודים במתכונת שאין בה חשש איסור, אך כעת שהדיון התעכב ומתקיים בסוף שנת הלימודים, עלינו להורות לנתבע שאם אינו מסכים להשיב לנתבעת את כספה עליו להתחייב לאפשר לה ללמוד בשנת הלימודים הבאה במתכונת הנ"ל שאין בה חשש איסור.

הטלה עצמו לאחר שנקנה לאשה ללא תנאי. ולפי זה, גם הריטב"א מסכים ששוכר אדם למלאכת איסור, בטרם נעשה האיסור, יוכל המשכיר לחזור בו ולקבל כספו בחזרה.

ומצאתי באמרי בינה (שם) שכתב כסברא זו, ולאחר שהקשה על החוות דעת מדברי הריטב"א, וכנ"ל, כתב וז"ל - "ובאמת אף דנראה מדברי הריטב"א דקנתה הטלה לולי מטעם דכסיפא ליה למיתבע, היינו דלהריטב"א היה ק"ל דמ"מ קנתה גוף הלה, כיון דהקנה לה והמעות אינו אלא חוב, ואף דיכול לבטל ולומר דאינו רוצה לעשות איסור, מ"מ כיון שכבר מכר בעד שכר ביאה, אין הביאה רק חוב עליה ותהיה חייבת לשלם דמי הטלה, כיון דמ"מ נתרצה למכור הטלה ולתת בעד דמי ביאתה, א"כ קנתה ודמי ביאתה הוא חוב עליה ... באתנן יכולה להשלים התנאי ולתת דמי הביאה, לכך צ"ל משום דכסיפא".

מכל הנ"ל כמה וגם ניצבה מסקנת גדולי הפוסקים והם המל"מ (פ"ח מלוה ומלוה ה"א) והמחנה אפרים (הלואה סי' לז) והחוות דעת (שם) ושו"ת באר יצחק (חלק יו"ד סי' יד) שהמלוה מעותיו בריבית, יכול לחזור בו ולתבוע חזרה את דמי ההלואה, בטענה שאינו רוצה לעבור על איסור. לפי זה ה"ה הכא, התובעת רשאית לקבל את מעותיה חזרה בטענה שאינה מסכימה לעבור על איסור.

אך נראה שכל הנ"ל יכול להאמר אילו הלימודים במהותן הם לימודי איסור, וכל ההתקשרות של שכירות הפועלים היתה מלכתחילה התקשרות האסורה בעצם

סימן מד

תביעת מורה כנגד הנהלת בית הספר

של שני הגנים לגן אחד, כשהנהלת ת"ת א. בלבד מפעילה את הגן המורחב, ומוסדות ו. ניתקו את הקשר לגן הילדים. התקיימו מגעים בין הרב ה. מטעם ו. לרב ד. והוחלט לבצע את התכנית הנ"ל.

התובעת דיברה עם הרב ה. שהודיע לה שהוחלט לסגור את הגן של ו. ולהעבירו לא. ולדבריה, הנ"ל אמר לה כי היא תמשיך לעבוד תחת חסות א. באותם תנאי עבודה ותנאי שכר.

בחדש אלול תש"ס גן הילדים המשיך את פעילותו באותו מקום, במבנה של מוסדות ו., ולאחר סוכות תשס"א בוצעה העברה למבנה השייך ל - א.

יצויין כי בטרם החלה שנת הלימודים, דהיינו לפני אלול תש"ס, לא נערך כל הסכם שכר או הסכם אחר הקובע את תנאי העסקתה של התובעת בת"ת א. ולמעשה התובעת החלה לעבוד בשנת לימודים זו במסגרת חדשה, ובלא ליצור כל קשר עם המנהל המעסיק אותה, רק הודיעו לה כי עליה להפעיל את הגן ולהעבירו למבנה של ת"ת א., לאחר מספר שבועות התקיימה פגישה במגמה לגבש חוזה עבודה אך

פרטי המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעת ממון לתשלום שכר עבודה וזכויות ממון נוספות שהגישה התובעת כנגד תלמוד תורה א. התקיימו שני דיונים, הדיון הראשון התקיים בנוכחות התובעת והרב ג., מנהל תלמוד תורה א. ובדיון השני נוספו הרב ד. שתחת חסותו הת"ת הנזכר, והיה שותף למגעים של הנהלת תלמוד תורה א. עם התובעת. וכן השתתף בחלק מהדיון השני, הרב ה. שהיה המעסיק של התובעת כשעבדה בגן הילדים של ו..

להלן פרטי המקרה בקצרה.

התובעת החלה עבודתה בר"ח חשון תשנ"ט בגן ילדים, השייך למוסדות ו., בתנאי העסקה המקובלים בגני ילדים השייכים ל"בית יעקב", מלבד שבהתאם לבקשתה, קבלה את שכרה במזומן וללא תלוש משכורת.

לקראת חודש אלול תש"ס הוחלט במוסדות ו. להפסיק את פעילותו של גן הילדים, ולהעביר את הילדים לתלמוד תורה א. שגם הם הפעילו גן ילדים. למעשה התבצע מיזוג

החלה לעבוד, ולמעשה גם אחר כך לא הושג ביניהם כל הסכם.

על כן יש לדונה כמי שפוטרה מעבודתה בגן של ו. והחלה עבודה חדשה בת"ת א. את תביעת פיצויי הפיטורין בגין שנת תשנ"ט ושנת תש"ס עליה להפנות למעסיק הראשון.

ביחס לעבודתה בת"ת א. יש לדונה כמי שעבדה את כל תקופת עבודתה בלא כל הסכם. העובדת סברה בטעות שקיים סיכום המחייב את המעסיק להשאירה בתנאי העסקתה הקודמים, ומאידך המעסיק יודע שאין הסכם, אך נמנע מלערוך חוזה בטרם החלה לעבוד. המעסיק החדש מודע לכך שיש לקבוע עמה חוזה עבודה, אך איפשר לתובעת לעבוד תקופה מסויימת בלא חוזה מפורט, מלבד גובה השכר שקבל על עצמו להמשיך לשלם את השכר שקבלה קודם לכן.

ובטרם נברר הדין במקרה בו לא נקבעו מראש תנאי העסקה, נקדים כי דרך זו שבה נהגו מנהלי ת"ת א. שלא הזמינו את התובעת, בטרם החלה שנה"ל, לסכם עמה את תנאי העסקתה, ולהודיע לה את התנאים המקובלים עליהם, אינה דרך ראויה על פי דין תורה. להלן מה שכתב בזה החפץ חיים בספרו אהבת חסד (סוף חלק א' בהערה, דף כא:), וז"ל - "אעתיק בכאן דבר עצה אחת הנוגעת לענין איסור גזל ועושיק שכר שכיר, הוא, שכל אדם המבקש לאדם אחר שיעשה לו איזה פעולה בשכר, יקצוב עמו המקח בתחילה. דאל"כ עלול מאד להיות גזלן ועושיק שכר שכיר אם לא ירצה להיות ותתן גדול בממונו כדי לצאת מן הספק ... מצוי מאד שאחר הפעולה יש ויכוח בין האומן לבעל הבית בענין שילום השכר, ולכשיפרדו כל אחד חושב בנפשו שהוא נגזל מן השני, אך שאינו רוצה לריב עמו, אבל אינו מוחל לו בלב שלם. ולפעמים ג"כ יש מריבה ביניהם, ומדינא הוא כמנהג המדינה לפי המקום והזמן, ואם יפחות לו אפילו פרוטה אחת מזה, יקרא עבור זה מן התורה בשם גזלן ועושיק שכר שכיר, ומי יוכל לידע את מנהג המדינה בכל פעולה ופעולה לפי עניינה, ובעל כרחו אם ירצה לצאת ידי חובה בלי פקפוק יהיה מוכרח תמיד ליתן לבעל מלאכה כפי מה שהוא רוצה, וזה ג"כ קשה מאד, על כן הרוצה לצאת ידי שמים יקצוב עמו בתחילה ויצא מידי כל ספק, וגם הבעל מלאכה יחיל לו על ידי זה, כי אז הברירה בידו ליתן לאחר.

ובפרט מי שהוא תלמיד חכם בודאי יעשה כן, דאל"כ מלבד חשש גזל ועושיק שכר שכיר, מצוי מאד חילול השם עי"ז שאינו נותן לאומן כפי רצונו, והאומן יאמר שהתלמיד חכם גזל אותו, עכ"ל החפץ חיים.

וכעת נברר בעו"ה, כיצד לדון במקרה שהעובד עבד בלא שנערך עמו הסכם הקובע את תנאי העסקתו. וכן מה הדין במקרה שכל אחד סבר שהתנאים הם כפי שמקובל עליו, ולאחר מכן התברר שקיים הבדל מהותי ביניהם.

עקב חילוקי דעות בין התובעת להנהלת א. לא הושג הסכם. מטעם הנהלת א. הודיעו לתובעת שאם אינה מסכימה לחתום על הסכם עבודה, היא תחשב כמפוטרת.

חילוקי הדעות שמנעו השגת ההסכם היו נעוצים בכך שהתובעת סברה כי עבודתה ב - א. נחשבת כהמשך רצוף של לעבודתה במקום העבודה הקודם בגן של מוסדות ו., וטענה כי הובטח לה ע"י הרב ה. שתמשיך להיות מועסקת באותם תנאים, ולדבריה הבינה כי הדבר נאמר על דעת הנהלת א. לעומת זאת מהנהלת א. טענו כי שמעו על תנאי העסקת התובעת במוסדות ו., אך לא התחייבו לקבל על עצמם להשאירה באותם תנאים. הרב ד. טען - "ברור שאנחנו ראינו אותה כעובדת חדשה לכל דבר ועניין, רק גובה המשכורת הקודמת שלה תשאר".

למעשה חילוקי הדעות באו לידי ביטוי בשאלת העסקתה עם תלוש משכורת, וכן בשאלת היקף החופשה, האם תקבל חודש חופש בלבד כמקובל ב-א. או חודשיים כפי שקבלה קודם לכן, וכן היו פרטים נוספים השנויים במחלוקת.

מאחר שחילוקי הדעות לא יושבו בהסכמה, התובעת ראתה במעסיק כמי שמרע את תנאי העסקתה ומפטרה שלא כדין, והמעסיק ראה את העובדת כמי שאינה מוכנה לקבל על עצמה את תנאי העבודה המקובלים ב - א. התובעת הפסיקה לעבוד והגישה לבית הדין תביעה לקבלת פיצויי פיטורין עבור כל שנות עבודתה עד לסיום שנה"ל תשס"א, וכן תביעות נוספות כמפורט בתיק.

בתאריך כב אייר תשס"א ניתנה בבית הדין החלטה הקובעת כי לא ניתן לחייב את ת"ת א. להעסיק את התובעת בלא תלוש, בניגוד לחוק. לאחר מכן התובעת הופיעה ובקשה לעבוד עם תלוש, אך עקב חילוקי דעות בנושאים אחרים לא הושגה הסכמה, ולמעשה התובעת לא חזרה לעבודה.

עובד שעבד בלא הסכם שכר מוקדם

מתוך דברי מנהלי מוסדות ו. ו - א. שהופיעו בבית הדין מתברר כי התובעת הועסקה בשנת תשנ"ט - תש"ס ע"י מוסדות ו. בגן ילדים, גן הילדים נסגר, והחל מחדש אלול תש"ס התובעת הועסקה על ידי מעסיק חדש. התובעת טענה וסברה כי עבודתה ב - א. נחשבת כהמשך לעבודתה ב - ו., ולא ראתה לנכון לחתום הסכם חדש עם המעסיק החדש. אך טעות בידה, מאחר שלא נמצא יסוד שלא לראות בתלמוד תורה א. מעסיק חדש. גם אם האמת כטענת התובעת שהרב ה. אמר לה שתמשיך לעבוד באותם תנאים, אך מאחר שהוא חדל להעסיקה, ולא התמנה כשליח מטעם א. לנהל מטעמים מו"מ או להודיע דבר מטעמים, הרי שמכאן ואילך הוא אינו האדם המוסמך להודיע לה מה יהיו תנאי העסקתה אצל המעסיק החדש, וכל מה שנאמר על ידו אינו מחייב את א. ומאידך המעסיק החדש לא דבר עמה בטרם

זילא, דכיון שהם באים להוציא מבעל הבית בשכירותם, עליה דידהו רמיא לגלויי, משא"כ במקח וממכר דזה נותן מקח וזה נותן מעות, ולכך נקח דרך המיצוע."

וכן בחי' הריטב"א עמ"ס ב"מ (שם, הובא בשטמ"ק) כתב - "אע"ג דאמרינן באידך פירקא השוכר את הפועל כאחד וכשנים מבני העיר שמשמנין ביניהם, התם משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר, אבל בשוכר סתם, או כשעושה מלאכה שלא בקציעה, אין לו אלא כפחות שבפועלים כנ"ל". וקודם לכן כתב הריטב"א - "לית להו אלא תלתא, ואפילו רובא בד' ומיעוטא בג', שאין הולכין בממון אחר הרוב". ועיין בשו"ת מהרשד"ם חחו"מ סי' שלה שהביא את דברי הריטב"א ולמעשה פסק כן. וכן הובאו דברי הריטב"א בקצות החשן סי' שלא סק"ג.

גם במקרה שלפנינו, המעסיק א. הודיע לגנת באמצעות המעסיק הקודם על רצונו בהמשך העסקתה של התובעת, הנ"ל לא הוסמך לקבוע עמה תנאי שכר. על כן, אין ממש במה שנאמר לה על ידו. ומאחר שאמר לה ששכרה על בעל הבית החדש, לא היה עליה לסמוך על דבריו והיה עליה לדבר ישירות עם בעה"ב החדש, וכמבואר בסמ"ע. וכיון שהדבר לא נעשה, חזרנו לדין עובד שעבד בסתמא. בנידון שלפנינו, קיימים כמה שערי תשלום תנאי שכר, שער המקובל במשרד החינוך, שער המקובל במוסדות בית יעקב, ושער המקובל בתלמוד תורה א'. במידה שהשער של מוסד א' הוא הנמוך מכולם, לא תוכל לקבל יותר, אך גם במידה שיש שערים נמוכים, מ"מ נראה כי היה מוסכם על שני הצדדים כי השכר יעמוד על סך 3500 שקל לחדש, ושלא לגרוע משאר תנאי השכר המקובלים בת"א.

האם בעובד שעבד ב"סתמא", תנאי השכר הם כפי שהיו עם המעסיק הקודם

לכאורה היה מקום לטעון שמאחר שהתובעת עבדה במקום עבודתה הקודם, בתנאי שכר ידועים, ואחר כך החלה לעבוד במקום החדש, שהוא גן ילדים שמיזג את שני הגנים של שני המוסדות יחדיו, בסתמא יש לומר שכל עוד לא נקבע הסכם עבודה חדש, הרי שבסתמא דעתם להעסיקה כפי שנקבע בהסכם הקודם עם מוסדות ו..

נראה שיש למצוא פתרון לשאלה זו מדברי הריב"ש והרמ"א. הריב"ש בסי' תעה ובסי' תעו, דן בחזן הקהל שראשי הקהל קצבו עמו את שכרו וקבעו עמו שיפטר מתשלום המסים, ולאחר שנה שכרוהו לשנה נוספת ולא הזכירו שיפטר מתשלום המסים לשנה נוספת, וכתב הריב"ש דבסתמא החזן ממשיך לעבוד על דעת התנאים שנקבעו בשנה הקודמת, גם אם בתום שנה ראשונה התחלפו ראשי הקהל הממונים לקבוע את תנאי העסקתו. בתוך דבריו כתב הריב"ש (בסי' תעו) - "עוד אמרתם במה שהשבתי שהברורים האחרים ששכרוהו, אחר כן, על דעת התנאי הראשון שכרוהו, אא"כ פירשו. והבאתי בכלל ראיותי,

נראה שהפתרון לשאלה שבפנינו מצוי בסוגיא במסכת בבא מציעא ריש פרק השוכר את האומנין, עי"ש בדף עו. "דאטעו פועלים אהדדי. היכי דמי דאמר ליה בעל הבית זיל אוגר לי פועלים, ואזל איהו ואטעינהו" עי"ש עד סוף הסוגיא. וז"ל הרי"ף - "כללא דנקטינן מהא שמעתא דהיכא דא"ל בעה"ב לשלוחו צא ושכור לי פועלים בד' ד' זוזי, ואזל שליח וא"ל בתלתא תלתא זוזי ואמרי ליה אין סבור וקביל ... והיכא דא"ל בעה"ב בתלתא ואמר להו איהו בארבעה ... אי אמר להו שכרכם על בעה"ב, חזינן היכי מיתגרי פועלים בההיא דוכתא אי בד' יהיב להו בעה"ב ד' ואי בתלתא יהיב להו תלתא, דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה והווי להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה, ואי אפילו איכא מאן דמיתגר [בתלתא ומאן] דמיתגר בד' לא שקלי אלא תלתא דדעתיה דאיניש אתרעא זילא ועלייהו דידהו רמיא לגלויי ליה לבעה"ב דלא מתגרינן לך אלא בד'. והני מילי היכא דלא שויא עבידתיהו ד' אבל היכא דשויא עבידתיהו ד', כיון דטרחי אנפשייהו ועבדי ליה עבידתא דשויא ארבעה, שקלי ד' מבעל הבית, דאמרי ליה אי לאו דאמר לן שלוחך ארבעה לא הוה טרחינן ועבדינן לך מאי דשויא ארבעה, ואי לא ידיעא עבידתיהו מאי דשויא, כגון ריפקא דמליא מיא ואינן אמרי דשויא עבידתן ארבעה לא שקלי אלא תלתא כמנהגא, אבל אית להו תרעומת עליה דשליחא דאמרי ליה אי לאו אמרת לן ארבעה לא הוה טרחינן כולי האי".

מבואר שאם בעל הבית אמר לשליח לשכור פועלים בשלשה והשליח שינה והודיע לפועלים שיקבלו ארבעה, הרי שהם עבדו על מנת לקבל ארבעה, והמעסיק התכוין לשלם רק שלשה, מאחר שהשליח שינה בשליחותו, בטלה שליחותו, והפועלים נידונים "כמאן דעבדי בסתמא", דהיינו בלא סיכום מוקדם. ואין מתחשבים, לא בדברים שבלבו של בעה"ב ולא בדברים שבלב הפועלים, ואף לא בדברים שנאמרו בפירוש על ידם, דהיינו בדברי הפועלים שאמרו ארבעה ולא בדברי בעה"ב שאמר שלשה. והשכר נקבע בהתאם לגורם אחר שהוא - "מנהג המדינה", ובמידה שיש שערים שונים לתשלום, הפועלים יקבלו כשער הנמוך, והטעם מבואר ברי"ף - "דדעתיה דאיניש אתרעא זילא, ועלייהו דידהו רמיא לגלויי ליה לבעה"ב דלא מתגרינן לך אלא בד'". הרי"ף כתב כן אף בנידון שהפועלים סברו שיקבלו ארבעה, כפי שהשליח אמר להם, עכ"פ מאחר שדברי השליח אין בהם ממש, חזרנו לדין מי שעבד בסתמא, ובסתמא דנים כי דעתו על השער הנמוך.

דברי הרי"ף הובאו ברא"ש ונפסקו להלכה בשו"ע סי' שלב ס"א. ועי"ש בסמ"ע סק"ג שהוסיף ביאור בדברי הרי"ף - "ולא היה להם לסמוך על דברי השליח שאמר להם בארבעה, מאחר ואמר להם ג"כ שכרכם על בעל הבית". ובלחם משנה הלכות שכירות פ"ט ה"ג כתב בתוך דבריו בביאור שיטת הרי"ף - "דשכירות, דעתיה דאיניש אתרעא

כתב, שיתכן לומר בדעת הרמ"א, שאם העובד המשיך לעבוד בסתמא (בשתיקה), אין דנים אותו כמי שנשאר בתנאו הראשון, גם אם בגוף אחד עסקין, כמבואר בריב"ש. אלא שבשורת ברך יצחק (לג"ר יצחק די פס ז"ל שחי לפני כמאתים חמשים שנה) חח"מ סי' ו' כתב לישב דברי הרמ"א. שהרמ"א מסכים שפועל העובד אצל בעה"ב שנה אחת בתנאים מסויימים, ובסיום השנה הסתיימה תקופת השכירות, אך המשיך שנה שניה בסתמא, בלא חוזה חדש, שיקבל כפי שקבל בשנה הראשונה, ודלא כפי שכתב הש"ך בדעת הרמ"א. וז"ל שם בתשובת ברך יצחק - "נראה דמור"ם איירי בשכרוהו על ידי מנהיגים שניים, לכך בעי שכירות חדשה דאו מסתמא אמרינן כדת המנהיגים הראשונים שכרוהו, ואם עמד סתם בשתיקה לא מהני, דהא פנים חדשות באו לכאן ... ודייק לה מור"ם מדכתב הריב"ש והברורים האחרים ששכרוהו אחר כך על תנאי הראשון שכרוהו, וכן מדוקדק מדברי מור"ם דדוקא גבי מנהיגים שניים אמרה למילתיה, וזה הגון וברור למעיין בעיון בהם ז"ל, עכ"ל. ומבואר הדין אליבא דשיטת הרמ"א, בנידון דומיא דהנידון בתשובת הריב"ש, שמנהיגי הקהל התחלפו באחרים, אם החזן המשיך לעבוד בשתיקה, לא אמרינן בסתמא על דעת ראשונה המשיך, והסכים בתשובת ברך יצחק להלכה עם סברא זו. ק"ו בנידון דידן שלא רק הנציגים המייצגים את המעסיק הוחלפו, אלא המעסיק עצמו הוא מעסיק אחר, שאם המשיך בשתיקה, לא אמרינן דבסתמא על דעת תנאים הראשונים נקבעו תנאי השכירות.

וע"ע במש"כ בספר חקרי לב חח"מ ח"א סי' קכד במה שהאריך בדברי הריב"ש והרמ"א, ונטה לומר שבתרי גופי לא אמרינן על דעת הראשונה הוא עושה, עכ"פ במקרה שהמשיך לעבוד בשתיקה בלא הסכם המסדיר את תנאי העבודה.

בשורת מנחת יצחק בשתי תשובות באר מדוע בכה"ג שעבר לעסוק עם אדם אחר, בסתמא אין אומרים שעל דעת הראשונה עבד. בתשובה בחלק א' סי' כ' כתב המנחת יצחק - "באמת מצינו כמה פעמים דעל דעת הראשונה הוא עושה. צ"ל דהוא דוקא באחד משני פנים, היינו או בדבר אשר איננו נוגע לאחרים רק לעצמו, כמו בשבת (דף צ' ע"ב) לענין הוציא בשבת, או לענין נדר לעצמו אם התנה מקודם לבטל כל נדר שידור אחר כך. אבל מה שנוגע ותלוי בדעת אחרים באמת לא אמרינן על דעת הראשונה הוא עושה, דהרי אינו תלוי בדעתו לגמרי ותלוי עוד בדעת אחרים, ודומה למה שאיתא בכסף משנה (פ"ב מהלכות נדרים ה"ד) בשם הר"ן, לענין הדירהו אחרים אח"כ, ל"א ע"ד הראשונה הוא עושה. דהרי אינו תלוי בדעתו ונדרו, שע"ד חבירו הוא נשבע ונודר. וכן לענין מו"מ דתלוי עוד בדעת אחרים, לא אמרינן על דעת הראשונה הוא עושה, אלא בהתנה על עסק זה עם אדם זה, וכגון שכבר הלוח לו בתורת עיסקא וכגוונא דטו"ז הנ"ל, או לענין חזן שהשכיר עצמו שנה ראשונה על תנאי והשניה

מתשובת הגאון ז"ל במי שהשכיר בית לחבירו לזמן וכו'. ודחיתם ראייה זו לפי שהמשכיר, הוא גוף אחד והיה לו לפרש. אבל בנדון זה, שהם גופים חלוקין, אע"פ שהברורים הראשונים שכרוהו, על תנאי שיהיה פטור, לא יועיל בשכירות הברורים האחרים, אם לא פירשו. עד כאן דבריכם. ואני אומר גם בנדון זה, גוף אחד הוא, דהיינו הקהל. שהברורים הראשונים והאחרונים, שלוחי הקהל הם. והקהל הם השוכרים. ועוד, שאין ספק שהברורים הראשונים, כשעשו שכירות החזן, ופטרוהו מן המס, הודיעו זה לקהל, או לאנשי המעמד, לומר עשינו שליחותכם כדרך כל שליח. כדאמרינן בפרק המביא גט והא לא חזרה שליחות אצל הבעל. וא"כ, הקהל היה להם לומר, לברורים האחרים שיתנו בפירוש שלא יהיה פטור מן המס, מכאן ואילך. וגם אם הברורים הראשונים, לא הודיעו זה לקהל, היה להם להודיע זה לברורים השניים. או הברורים השניים, היה להם לשאול את פי הברורים הראשונים. והחזן, שהיה עומד בפטורו בתנאי הראשון, והיה סבור שהיה נודע לקהל, וכל שכן לברורים. למה היה צריך להתנות, כל שיאמרו לו הברורים השניים תעמוד שנה, כדרך שעמדת שנה שעברה. די לו בכך ... כששכרוהו הם שנית, היה להם לפרש. וכיון שלא פירשו, על דעת התנאי הראשון שכרוהו. גם, שאין דרך לשכירי הקהל, לעשות תנאים חדשים בכל שנה, אלא שמאריכין הזמן, ע"פ התנאים הראשונים. ולזה כתבתי אני בלשוני אבל השכירות הקיים, שהאריכוהו כשעבר זמנו על דעת התנאים הראשונים האריכוהו, עכ"ל לשון הריב"ש.

הרי מבואר בריב"ש, שדוקא בנידון שם שהמעסיק של החזן הם הקהל, אלא שנציגיו התחלפו, בסתמא אמרינן שעל דעת התנאים הראשונים שכרוהו, וכמ"ש הריב"ש בלשונו - "גם בנדון זה, גוף אחד הוא, דהיינו הקהל. שהברורים הראשונים והאחרונים, שלוחי הקהל הם. והקהל הם השוכרים". אבל בנידון שבפנינו, שהמעסיק השתנה לחלוטין, ויש כאן שני גופים שונים, ודאי אין לומר שהתובעת החלה לעבוד על דעת התנאים הראשונים.

הרמ"א בחו"מ סי' שלג ס"ח פסק - "שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי העיר לשנה בתנאי כך וכך, ואחר כך השכיר עצמו לבני העיר הזאת עם מנהיגים שניים, ולא התנה, ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו. ודוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שנייה, אבל אם עמד עמהן בשתיקה, לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון".

ועיי"ש בש"ך ס"ק מד שתמה על דינו השני של הרמ"א במקרה שעמד עמהן בשתיקה, מדוע אין אומרים שעל דעת ראשונה המשיך לעבוד, ובסיום דבריו כתב הש"ך - "ומ"מ אין דברי הרב מוכרחים, ואם נאמר מבחוץ הסברא, דכיון שלא שכרוהו הקהל מחדש הו"ל כש"ץ בלא קציצה, א"כ גם השכירות לא ישלמו לו כבראשונה, רק יהא כש"ץ בלא קציצה וכדין פועלים בלא קציצה שמשלם כפחות שבפועלים, ואולי באמת דעת הרב כך וצ"ע". הרי שהש"ך

לציית לתביעת המנהל לחתום על חוזה עבודה המקובל עליו, כל עוד אין חילוקי דעות אלו פוגעים בתיפקוד התובעת בעבודתה החינוכית. על כן פיטורין אלו לא היו מוצדקים, ועל ת"ת א. לשלם לתובעת כמשכורת בגובה 3500 שקל לחודש ובתנאי שכר המקובלים במוסד זה לעובדת בדרגתה, וזאת עד לסוף שנת הלימודים.

הרא"ש בתשובה סי' קד סי' ד' כתב - "ששאלת מי ששכר מלמד לבנו ללמדו שנה אחת ובתוך השנה מצא טוב ממנו אם יש להוציא מן הראשון לתת לו. דע כי כיון ששכרו לזמן קצוב והתחיל במלאכתו אינו יכול להוציאו מתחת ידו תוך זמנו אם אינו פושע במלאכתו".

דברי הרא"ש הובאו בב"י חו"מ סס"י שלג, והוסיף באר הגולה - "ואם חזר בו בעל הבית צריך לשלם לו כל שכרו כמבואר לקמן סי' שלה בהגה".

בנסיבות אלו אינו נותן שכר בטלה בלבד, אלא שכר מושלם, כמבואר בתשובת הרדב"ז ח"א סי' רפה, שכתב - "אם שכרו סתם ללמד נערים נותן לו נערים שירצה, ואם לא מצא נערים נותן לו שכרו משלם, כי המלמד אינו מרויח בזה להיות בטל שהוא מתקלקל כדאמרינן בהני אוכלסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשו, וכל שכן בלימוד שגם הוא מרויח".

וע"ע בפד"ר חלק ח' עמ' 136-137 שפסקו שבמקרה של פיטורי מלמד תוך הזמן יש לשלם לו שכר עבודה עד לסיום השנה.

והנה הרא"ש איירי במי שקצב מראש תקופה של שנה. אך כשלא קבעו מראש את משך זמן השכירות, הדין מבואר בפת"ש סי' שלג סק"י, וז"ל - "נוהגין עכשיו שבכל תחילת הזמן רשות בעל הבית לחזור עד ראש חדש, בימי החורף עד ר"ח חשוון ובימי הקיץ עד ר"ח אייר ותו לא ע"ש". וכן בכסף הקדשים שם כתב - "גם שהמנהג שעד ר"ח אייר או מרחשון יש חזרה בין הבעה"ב למלמדים כי לא הותחל השכירות עד אז".

וכתב החזו"א ב"ק סי' כג סק"ב בענין קביעת תקופת השכירות כשנשכר בסתמא - "כל זה בדליכא מנהג, אבל אם איכא מנהג הולכין אחר המנהג, דסתמא הוי הפסיקה כמנהג המדינה, וכן אם יש דינא דמלכותא, י"ל דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא וכמ"ש לקמן בלקוטים סי' טז בשם הש"ך ... עוד נראה דאם לפי הנהגו במקום יש צורך זמן למצוא מקום לעבודה, סתמא שכרו לאותן הימים המצטרפים להשתדלות, ומיום שהודיעו שהוא חוזר צריך לקבוע ימים לחיפוש עבודה לפי ראות עיני הדיין".

ולפי זה מאחר שהמנהג בגני הילדים ובתלמודי התורה בצפת שהמלמדים מתחלפים רק בראש חדש אלול, הרי שהת"ת צריך לשלם לתובעת משכורת עד סוף שנה"ל תשס"א מכח שני הטעמים שכתב החזו"א, ראשית דמסתמא על דעת המנהג נעשתה ההתקשרות הנוכחית בין הצדדים, ושנית מאחר שאורחא דמילתא שעד סוף שנה"ל לא מצוי שהתובעת תמצא מקום עבודה אחר. ומסתמא

בסתם דאמרינן דע"ד הראשונה הוא עושה כמבואר בחו"מ (סי' של"ג).

ובמנחת יצחק ח"ד סי' טז כתב - "הנה כתבו הפוסקים דאף ברבית יש לומר, דכל העושה על דעת ראשונה הוא עושה, עיין בדרכי תשובה (סי' קע"ז ס"ק ס"ט) מש"כ בשם תשו' טו"ו"ד אריכות בזה ... מה שדנו לומר ברבית דכל העושה על דעת ראשונה הוא עושה, זהו רק כשהלוה הוא אותו האיש שלקח מזה המלוה המעות בפעם הראשון, וכשנשלם הזמן לוקח ממנו המעות פעם שנית בסתם ולא עשו היתר עיסקא, אזי אמרינן דכל העושה על דעת הראשונה הוא עושה, אבל כאן בנ"ד שהלוקח הוא איש אחר, והוא אומר לנו בפירוש שהוא אינו יודע ובקי בטיב העיסקא, מהיכי תיתי לנו לומר שעושה ע"ד ראשונה, וז"פ",

העולה מדברינו - יש לדון את עבודת התובעת בת"ת א. כעבודה חדשה, שבה החלה לעבוד בלא קביעת תנאי עבודה ותנאי שכר. אין אומרים שבסתמא דעתם היתה להעסיקה באותם תנאים שהועסקה במקום עבודתה הקודם, מאחר ומוסדות ו. ומוסדות א. הינם שני גופים שונים, וכמבואר בריב"ש וברמ"א. במקרה כזה אינה יכולה לקבל יותר מהמקובל בת"ת א. יש לדונה כמי שפוטרה מעבודתה במוסדות ו. והחלה עבודה חדשה במקום החדש, ואת פיצויי הפיטורין עבור השנתיים הראשונות, תוכל לתבוע מהמעסיק הקודם.

האם הפיטורין שפוטרה מת"ת א. היו מוצדקים

ביחס לחובת התשלום של ת"ת א. עבור החודשים אותם התובעת לא לימדה בשנת תשס"א. הדבר תלוי בשאלה האם הפיטורין שהתובעת פוטרה בחדש שבט תשס"א היו מוצדקים.

נראה שאמנם התובעת דרשה תנאי שכר גבוהים ממה שהיתה זכאית, תביעה שלא היתה בה הצדקה, וכן בתקופה מסויימת בקשה שיעסיקו אותה בלא תלושי שכר מסודרים, אך אין זו עילה לפיטורין, וכן אי הסכמת התובעת לחתום על הסכם עבודה אינה עילה לפיטוריה. שהרי גם בלא הסכמה על מיכלול תנאי השכר, ובלא חתימה על ההסכם, המעסיק רשאי להוציא עבודה, בניגוד לרצונה, תלושי שכר כמקובל וכמתחייב על פי החוק, ולשלם בהתאם לתנאי השכר המקובלים עליו. ואת פתרון חילוקי הדעות הקיימים, ניתן לדחות למועד אחר. אם בסופו של דבר העובד סבור שהוא מקופח, יוכל להגיש תביעה לבית הדין, וחילוקי הדעות יוכלו להתברר בבית הדין.

אמנם אם מסיבה זו או אחרת, התובעת אינה עושה מלאכתה כראוי או אינה מציינת למנהל בנושאים חינוכיים, היה רשאי לפטרה. כל מורה נכנס לעבודתו על דעת כן שיציית למנהל בנושאים אלו, וכמבואר בשו"ת מנחת יצחק ח"ד סי' עה ס"ק יב. משא"כ ביחס להסדרי תנאי העבודה וקבלת השכר, אין הצדקה לפיטורין עקב התנגדות העובד

לפי זה פשיטא שטעם זה של שכחת הלימוד, שאינו לרצונו של המלמד, ועל כן הוא מעדיף ללמד ולא להתבטל, אינו שייך אלא בסוג לימוד של אותם המלמדים נערים בגיל יותר מבוגר, מאשר ילדי הגן הנידון בפנינו.

ובשו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תש"ן כתב הטעם במלמד - "נ"ל דעיקר הטעם הוא דבזמן שהמלמד יושב ובטל נחלש כח הלימוד ודרכו וכשירצה לחזור ללמודו קשה עליו כי בהרגל הדבר לא יקשה עליו טרחו, ולא דחלשי גופיהו ממש אלא חלשי ממלאכתם וניחא להו להיות עוסק במלאכתו תדיר ולפיכך נותן לו שכרו משלם". ומסתמא סברא זו נאמרה במי שמלמד תורה לנערים, ולא בסוג הלימוד המקובל בגן ילדים. שעור שכרו של פועל בטל מבואר בט"ז סי' שלג, וז"ל - "כתוב בקובץ ישן היכא דאמרו חכמים דנוטל כפועל בטל היינו חצי השכירות, וכן נמצא בתשובת רש"י וכן מיייתי הר"ח א"ז בשם רבינו חננאל, ושוב מצאתי בתשובה שנית וז"ל מקובלני מרבתי מאי כפועל בטל, היינו חצי השכירות". אך נראה כי לפי המבואר בחזו"א שהבאנו לעיל, יש לחייב שכר מלא, החזו"א כתב - "דסתמא הוי הפסיקה כמנהג המדינה, וכן אם יש דינא דמלכותא, י"ל דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא וכמ"ש לקמן בליקוטים סי' טז בשם הש"ך". עכ"ל. ומבואר שם בהמשך דבריו, דלא מכח ההלכה של דינא דמלכותא דינא כתב כן, אלא מכח אומדנא בדעת בני האדם. וכיון שכן, הרי שבסתמא הצדדים התחייבו כמנהג המדינה, המיוסד על חוק המדינה, הקובע כי בפיתורין שאינן מוצדקים העובד יקבל את מלוא משכורתו, עד תום התקופה. לפי זה אף שאין לדונה כאכלושי דמחזוא, עכ"פ מכח ההתחייבות הקיימת, אף במצב של "סתמא", יש לחייב את המעסיק בתשלום מלא עבור החודשים שהתובעת לא עבדה. אך זאת נציין, שבפסק הדין הנזכר מביה"ד הגדול, לא הזכירו סברא זו, ופסקו למעשה לחייב את המעסיק בתשלום למורה, רק כפועל בטל.

דנים כל אחד לפי עיסוקו ואין משערים אם יכול למצוא עבודה שאינו מורגל בה, וכעין המבואר ברמ"א סי' שלה ס"א.

אלא שעדיין יש לדון האם בנידון דידן על המעסיק לשלם שכר מלא עבור אותם חודשים שהתובעת לא לימדה, או שעליהם לשלם שכר כפועל בטל בלבד.

במסכת בבא מציעא דף עז. מבואר דאכלושי דמחזוא דאי לא עבדי חלשי, מקבלים שכר מלא ולא כפועל בטל, ועיין בשו"ע חו"מ סי' שלד ס"ד שמלמד תינוקות דינו כאכלושי דמחזוא. לעומת זאת והרמ"א בסי' שלה ס"א הביא להלכה את תשובת הרשב"א, וכתב - "הא דצריכין ליתן למלמד שכרו משלם, היינו דוקא אם נראה לבית דין שנהנה בלמודו יותר מבטולו, אבל אם נראה לבית דין שנח לו בבטול, אינו נותן לו אלא כשאר פועל בטל".

ויעיין בפד"ר חלק ח' עמ' 165-162 בפס"ד מביה"ד הגדול (בהרכב הגרי"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל והגר"א גולדשמידט ז"ל) שלא חילקו בענין זה בין מלמד ובין אשה מורה. אך תפסו למעשה כדעת הרמ"א בשם הרשב"א שהכל תלוי באומדנא של ב"ד, האם העובד מעדיף לעבוד או להתבטל.

אך עכ"פ בנידון שלפנינו שאין הנידון במורה המלמדת תורה אלא בגנת, שהחלק של לימוד תורה הוא מיזערי לעומת החלקים האחרים של עבודתה בגן, קיימת הסברא דלכו"ע אין לדונה כמלמד. ויעיין בטור חו"מ סי' שלד שבאר הטעם במלמד "דכל לומדי תורה כשאינן לומדין, הבטלה גורם להם שכחה". וכן בשו"ת הרמ"א סי' נ' כתב בתוך דבריו - "מיהו בהא נראה דחלוק דין רב המורה מדין מלמד, דבמלמד אין דנין לו כפועל בטל ודמיא לאכלושי דמחזוא דאי לא עבדי חלשי דכל מלמד כשאינו לומד הבטלה גורמת לו שכחה וכמו שכתבו הפוסקים. אמנם בענין הוראת איסור והיתר לא שייך למימר דאי לא עבדי חלשי".

סימן מה

תביעת עובד לתשלום שכר עבודה

טו כסלו תשס"ג

בבית הכנסת בעירו. הובהר לו שהכולל ממומן על ידי ארגון ב., וכי שכרו יעמוד על סך 3,000 ש"ח לחדש כולל הוצאות נסיעה. לא נערך חוזה בכתב, וכל הסיכומים היו בעל פה. התובע נענה להצעה, ומחדש שבט תשס"א התובע החל בעבודתו והעביר שיעורים כמסוכם.

לאחר שבמשך תקופה מסויימת לא שולם שכרו של התובע, התקיימה פגישה שבה נכחו התובע והרב ו. ומר ה., המשמש כנציג האזורי של ב. בצפון, והובטח לו שהתשלום יוסדר כפי שסוכם. התובע המשיך ללמד עד לר"ח ניסן תשס"ב, והפסיק לאחר שנוכח כי אינו מקבל את התשלום.

המקרה ועיקרי הטענות

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי הרב א. כנגד ארגון ב. ונציגו, לתשלום שכר עבודה.

בדיון שהתקיים השתתפו, מטעם התובע, הרב א. ובנו עו"ד ג. שייצג את אביו. ומטעם הנתבעים הופיעו ד. ומר ה., נציג ארגון ב. בצפון.

העובדות שהתבררו במהלך הדיון הם כדלהלן - במהלך חודש טבת תשס"א, הרב ו., הרב של עיר ז., פנה אל התובע, ובקש ממנו לשמש כמגיד שיעור בכולל לבעלי בתים הפועל

בזה לא קתני, אלא הטעו זה את זה, דאטעו פועלים אהדדי. היכי דמי דאמר ליה בעל הבית זיל אוגר לי פועלים, ואזל איהו ואטעינהו. היכי דמי אי דאמר ליה בעל הבית בארבעה, ואזיל איהו אמר להו בתלתא, תרעומת מאי עבידתיה סבור וקביל. אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה, היכי דמי, אי דאמר להו שכרכם עלי, נתיב להו מדידיה, דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו, והראהו בשל חבירו, נותן לו שכרו משלם, וחוזר ונוטל מבעל הבית מה שההנהו. לא צריכא, דאמר להו שכרכם על בעל הבית. ולחזי פועלים היכי מיתגרי, לא צריכא, דאיכא דמגר בארבעה ואיכא דמתגר בתלתא. דאמרו ליה אי לאו דאמרת לן בארבעה, טרחינן ומתגרינן בארבעה."

ופרש רש"י - "ולחזי פועלים היכי מתגרי. אי מתגרי בארבעה, על כרחיה דבעל הבית נתיב ארבעה, דהא קתני נוטל מבעל הבית מה שההנה אותו, ואף על פי שלא צוהו, והרי ההנה אותו בכך".

וכתב הר"ף - "כללא דנקטינן מהא שמעתא ... היכא דא"ל בעה"ב בתלתא ואמר להו איהו בארבעה ... אי אמר להו שכרכם על בעה"ב, חזינן היכי מיתגרי פועלים בהדיא דוכתא, אי בד' יהיב להו בעה"ב ד', ואי בתלתא יהיב להו תלתא, דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה, והווי להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה".

מש"כ הר"ף דבטלה השליחות, היינו על פי המבואר במסכת כתובות דף צט: - "והאמר מר אין אונאה לקרקעות, הני מילי היכא דטעה בעל הבית, אבל טעה שליח אמר ליה לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי". וכן במסכת קידושין דף מב: . וכתב מהרי"ק שרש כז - "בכל מקום מצינו, דכל היכא שהשליח משנה כל דהוא מדברי המשלח, שאין נקרא שליח, ואפילו בדברים שאם היה המשלח עצמו לא יכול לטעון עליו, כשנעשה ע"י שליח יכול המשלח לטעון עליו בשינוי כל דהוא, שהיה ראוי לומר שאין קפידא בדבר. כגון הא דאמרינן בכל דוכתא לענין אונאה דפחות משתות קנה, ואין מחזיר אונאה משום דפחות משתות הוי מחילה, משום דדרך הכלל למחול בו כמו שכתב רבינו משה, ואפילו הכי היכא שנעשה ע"י שליח יכול המשלח לטעון אפילו על פחות משתות, כדאמרינן בקידושין פרק האיש מקדש וכן פסקו כל הפוסקים. ותנן נמי בפרק בתרא דמעילה (דף כ"א) שאם אמר לו בעל הבית לשלוחו הבא לי מן החלון והביא מן הגלוסקמא או שאמר הבא מן הגלוסקמא והביא מן החלון, שהשליח מעל ולא בעל הבית. ותנן נמי התם דאם אמר לו לתת חתיכה בשר לפני האורחים ונתן חתיכה כבד או שאמר חתיכת כבד ונתן חתיכת בשר, שהשליח מעל ולא בעל הבית. ומדחזינן שהשליח מעל ולא בעה"ב, בשינוי כל דהו, כגון מחלון לגלוסקמא או מבשר לכבד, אלמא דבשינוי כל דהו אמרינן דשליח מעל ולא עשה שליחותו ... והרי לך דבשינוי כל דהו פקע תורת שליחות מהשליח".

למעשה, הועברו לתובע שני סכומי כסף בסך כולל של 6518 ש"ח.

כעת התובע מבקש לחייב את ארגון ב. בתשלום מלא של שכרו, העומד לפי חשבונו על סך 57,000 ש"ח, ובתוספת הפרשי הצמדה וכו', וכן פיצויי פיטורין והחזר הוצאות המשפט.

ד. טען כי ארגון ב. כלל לא העסיק את התובע על בסיס התקשרות של עובד ומעביד, ואין הם נוהגים כן ביחס לשאר השיעורים המתקיימים תחת חסותם ברחבי הארץ. לטענתו ארגון ב. מעביר למגידי השיעור את התמיכה המתקבלת ממשרד החינוך, במתכונת של תמיכה בשיעורי תורה בלבד. הסכומים נמוכים מאד, ומשקנתים בהתאם להחלטת משרד החינוך הקובע את היקף התמיכה המתוקצב על ידם. לטענתו, מלכתחילה לא היה ניתן לסכם את גובה השכר, מאחר והוא אינו ידוע מראש, אלא מתברר רק עם העברת הכסף ממשרד החינוך, העברה המתעכבת מידי פעם.

לטענת ד., ה. נציג ב. בצפון אינו מוסמך ולא היה מוסמך, לשנות את הכללים המקובלים בב., ועל כן מלכתחילה לא היה מוסמך להתחייב על שכר בגובה מוגדר וידוע מראש. הנציג מוסמך להודיע שמגיד השיעור יקבל בהתאם לקריטריונים שיהיו נוהגים בעת תשלום השכר. לטענתו, מלכתחילה ב. לא התחייבה בהתחייבות לתשלום תנאי שכר המקובלים בין עובד ומעביד. והתובע קבל את מלוא הסכום שהיה אמור לקבל בהתאם לקריטריונים שנקבעו על ידי משרד החינוך.

מר ה. טען, כי מבחינתו נעשתה טעות כשהודיע לתובע ששכרו יעמוד על סך 3,000 ש"ח לחדש, והדבר נעשה מפני שלרב ו. היה מאד חשוב שהשיעורים בזו יתקיימו. הוא העריך כי זהו הסכום שיוכל להעביר לתובע, אך עשה טעות, מאחר ולא ניתן להבטיח מראש, סכום כזה או אחר, בטרם הועברה התמיכה ממשרד החינוך.

לדבריו, בזמנו הקריטריון היה גבוה יותר ממה שהתברר לאחר מכן. גם לאחר שנודע לו על הסכום הנמוך האמור להיות משולם, הוא נמנע מלהודיע על כך לתובע, וזאת מתוך בושח, ורק הודיע על כך לרב ו..

בירור חובת ארגון ממוסד בהתחייבות נציג מטעמה

במקרה שלפנינו, התברר כי הנציג של ב. בצפון חרג מהכללים הקבועים בארגון, והתחייבותו כלפי התובע היתה בחוסר סמכות, וכפי שהנציג בעצמו הודה. בנסיבות אלו עלינו לברר מה מחייב את ארגון ב.. האם ההתחייבות של נציג ב. מחייבת, מאחר שהוא הנציג המוסמך מטעמו, או שהכללים הקבועים בארגון ב., הם המחייבים למרות שהתובע לא ידע עליהם.

במשנה במסכת בבא מציעא בריש פרק השוכר את האומנין (דף עה:): שנינו - "השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומת". ובגמרא - "חזרו זה

ולפי זה, היה מקום לדון שהמקרה שלפנינו, דומה למקרה שבעל הבית אמר לשליח לשכור פועלים בתלתא, והלה שכר אותם בארבעה. כלומר ארגון ב. הוא בעל הבית ששלח את נציגו לשכור מגיד שיעור בתנאים המקובלים במשרד החינוך, והנציג, על דעת עצמו, שכר את מגיד השיעור בתנאים אחרים ומשופרים יותר, ואמר "שכרם על בעל הבית". (שהרי ודאי לא אמר שהוא ישלם מכיסו את השכר), ויש להורות בזה כפסקו של הרי"ף - "דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה, והווי להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה". ואם אכן כנים דברינו, יש לברר מה גובה התשלום המחוייב להיות משולם לתובע בנסיבות אלו.

"יד פועל כיד בעל הבית"

אך עדיין יש לדון האם גם במקרה שלפנינו, יש לתת לנציג ב. בצפון, מעמד של שליח בלבד. התובע טען שהנציג המקבל שכר מארגון ב., הוא כפועל, ויד פועל כיד בעל הבית, ועל כן ההתחייבות הנעשית על ידי הפועל מחייבת את בעל הבית, דהיינו את ארגון ב..

יתכן שהיה מקום לדון בסברא זו, אליבא דשיטת המחנה אפרים הלכות שלוחין סי' יא שהעושה מעקה על ידי פועל נכרי, יכול לברך ברכת המצוות. ואע"פ שנכרי לאו בר שליחות, אפ"ה מאחר ויד פועל כיד בעל הבית, ידו כיד בעל הבית למרות שאינו בתורת שליחות. וראייתו מהסוגיא במסכת בבא מציעא דף י. דאע"פ ששליח אינו יכול לתפוס חוב עבור המשלח, במקום שחב בתפיסתו לאחרים, אפ"ה פועל שידו כיד בעל הבית רשאי לתפוס עבור בעל הבית, למרות שחב לאחרים. וכתב המחנה אפרים - "אבל פירושא דמילתא הכי הוא. דשליח שאני משום דאין אדם יכול לעשות שליח שיזכה לו במקום שחב לאחרים, משא"כ בפועל, דכיון דפועל גופו קנוי לבעל הבית, לגמרי חשיב ידו כיד בעל הבית ממש. ונמצא שאין דין הפועל והשליח שוים. דשליח שרוצה לזכות לחבירו, היינו היכא דקא מכוין לזכות לחבירו, אבל אי לא כיון לזכות לחבירו לא קנה חבירו ... אבל פועל שנשכר לכל מלאכת בעל הבית ואפילו למציאה, אפילו אי בשעה שהגביה המציאה לא היה בדעתו להגביה אלא לעצמו, הרי הוא של בעל הבית כל כמה דלא הדר ביה בהדיא ... בפ"א מהלכות תרומות הביא הרב בכסף משנה ... בשם הראב"ד דאם ... מרחן כותי בשביל ישראל, חייב בתרומה, דשלוחו של אדם כמותו ע"כ, והרב ז"ל תמה על זה דהא קיי"ל דאין שליחות לכותי. ולכאורה היה נראה דהראב"ד ז"ל איירי כשמרחן על ידי פועלים כותים, דנהי דאין כותי נעשה שליח לישראל, מ"מ פועל שאני דידו כיד בעל הבית, וכאילו מרחן בעל הבית דמי ... ולפי זה יש לומר דאם שכר פועל לתקן המעקה הרי זה מברך עליו, דחשיב כאילו הוא עצמו עשהו", עכ"ל.

אך זה אינו, ונראה ברור שגם אליבא דסברת המחנה אפרים, אי אפשר לדון את ידו כיד בעל הבית אלא כשעושה מעשה התואם את הוראות בעל הבית, ולא כשחורג במודע מהוראותיו. הלכה זו, הנותנת תוקף לטענת לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי, המנתקת את הקשר שבין המשלח לשליח שחרג מהוראות משלחו, קיימת גם בפועל למרות שאינו נזקק לכח השליחות, ויעויין בחי' הרשב"א עמ"ס קידושין דף כג: שכתב - "והראב"ד פירש דטעמא דמילתא, משום דיד עבד כיד רבו לזכות בו לאדון אמרינן, אבל לא לחוב לו", ואם הדברים נאמרו בדין "יד עבד כיד רבו, ק"ו בדין "יד פועל כיד בעל הבית".

מלבד זאת, בגוף הגדרת ההלכה של "יד פועל כיד בעל הבית", רבו החולקים על המחנה אפרים.

בספר שערי ישר שער ז' פרק ז' כתב וז"ל - "מש"כ בספר נתיבות המשפט בסי' קפ"ח לבאר דיד פועל כיד בעל הבית מהני ליחס המעשה אל המשלח, גם היכא שדין שליחות לא מהני ... כמו שכתב בספר מחנה אפרים בענין זה, כל דבריו הם רחוקים לענ"ד, ויד פועל כיד בעל הבית האמור במסכת בבא מציעא דף י' לענין מציאת פועל לבעל הבית, הכוונה דסיבת הקניין היא שייכת לבעל הבית אף אם חשב הפועל לעצמו, וכן הבין בזה הגר"א ז"ל בביאורו לחו"מ סי' קפ"ג סק"ה בליקוט, יעו"ש", עכ"ל. לפי זה אין בדין "יד פועל כיד בעל הבית" מלבד זכיית ממון עבור בעל הבית, ותו לא.

וכן בספר חיי הגר"ח מבריסק בסוגיות הש"ס עמ"ס ב"מ סי' טז כתב בלשון זו - "נראה בביאור דין זה דמציאת פועל לבעל הבית היינו משום דהפועל נעשה כעין שובך לבעל הבית על הפירות. דבעל הבית קנה זכיה בגוף הפועל לענין מעשי ידיו שתהא מציאת הפועל לבעל הבית, וכמו כל שעשה הפועל ששייך לבעל הבית ממילא ... מיד שקנהו הפועל הוי כקנוי לבעל הבית כיון שהפועל קנוי לו".

ולפי זה לא התחדש אלא שזכיית הפועל שתתייחס לבעל הבית, מפני שבעל הבית קנה זאת בעת ששכר את הפועל, אך אין ללמוד מכאן כמ"ש המחנה אפרים.

מלבד זאת, דין "יד פועל כיד בעל הבית", נאמר במסכת בבא מציעא ביחס למגביה מציאה לחבירו, דאף אי נימא דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, עכ"פ אם המגביה הוא פועל קנה בעל הבית. והיינו מפני שהריעותא במגביה מציאה לחבירו היא מפני שבהגבהה זו הוא חב לאחרים, כמבואר שם בסוגיא. ובזה שאני פועל מאדם בעלמא. ביחס לכל אדם אנו אומרים דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, מפני דלאו כל כמיניה לחוב את זה כדי

לקנות להקדש על ידי חצרו, ע"ש. ... מכל זאת מבואר דגם גובר אין דינו רק כשליח בעלמא, דהא בבעלים מהני כה"ג, עיין בר"ן בנדריים דף ל"ד ע"ב, כנלענ"ד.

אך גם ביחס לגובר, נראה שהדיון בתשובת אבן שתיא הוא כשהגובר פעל בתום לב, אלא שנמצא שהיתה אונאה בפחות משתות, משא"כ בעת שפעל בניגוד לכללים בהם הוא מחוייב, אינו כגובר ביחס לאותה פעולה.

ובשו"ת פני יהושע חלק ב' סי' קג דן בגבאי של צדקה שהתמנה על קופה של צדקה והלוה מעות לאדם המוחזק כאמיד ולבסוף הלוה לא השיב את הכסף ונגרם נזק לכספי הצדקה.

בתוך תשובתו כתב - "צריך לדקדק אם מקרי פושע או מזיק. לכאורה נראה כיון דהלכה רווחת בישראל דאין משתכרין בשל עניים, כדאיתא פרק בתרא דכתובות, וזה הגבאי עבר על זה, א"כ שינה בשליחותו, ומשנה נקרא מזיק ולא פושע, דהא גבי שותפין אמרינן דהם שומרי שכר זה לזה, ואם שניהם עסוקים במו"מ פטורים אפילו בפשיעה, דהוי פשיעה בבעלים, וגבי שותף ששינה ונשא ונתן מה שלא נהגו במדינה חייב ... בין אם היו בבעלים או לאו ... דשינוי מיקרי מזיק בידים ... דאינו שלוחו כלל לזה, דלתקוני שדריה, וא"כ אין זה עניין לפשיעה. וא"כ אם שינה גבאי זה היה חייב ... ה"נ כיון שלא נעשה גבאי לזה, יש לחייבו, שהרי כתב בעל התרומות ז"ל שער מ"ו דמעות צדקה כמעות יתומים, ואין להלוותם אפילו כסף בכסף שיהיה מצוי לעניים, אם לא לגברא דמפשו נכסיו ואית ליה אחריות נכסים", עכ"ל. ועיי"ש בסיום התשובה שנטה לדון את הגבאי כפושע שאינו מזיק מאחר ונהוג להלוות בדרך כזו, אלא שזהו בניגוד להלכה, עיי"ש.

בשו"ת הרשב"ש סי' תקע"ג כתב - "ההקדמה השניה היא, שטובי העיר הם כשלוחים של בני העיר ... כיון שטובי העיר הם כשלוחין ופריעת בעל חוב מצוה אין הצבור יכולין לומר להם לתקוני אתם שלוחינו ולא לעיוותי, וכדאמרינן בסוף בכורות האומר לשלוחו ... מצי אמר ליה שליח, אנא בעין יפה אמדתיך, כן השלוחין הללו יכולין הם לומר אנחנו בעין יפה אמדנו אתכם שאתם רוצים לקיים מצוה זו ורוצים לקדש את השם ולהתרחק מהגזילה".

מבואר מדברי הרשב"ש, שמבחינה עקרונית, דינם של טובי העיר כשלוחים של אנשי העיר, וקיים בהם הכלל היסודי שיכול המשלח לומר לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי. אלא שאם השליח טוען טענה נגדית - "הכי אמדתיך", ויש טעם לדבריו, טענתו מתקבלת.

על כן גם אם נדון את אנשי עמותת ב. כטובי הצבור שהתמנו לעסוק בצרכי ציבור ולממן מכספי הציבור פעילות של למודי קודש, עכ"פ במידה וקיימת חריגה מהכללים, ניצבת הטענה - לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי.

וביחס למעמדן של טובי העיר, ע"ע בתשובת בית שלמה חחו"מ סי' מז, ונראה שאין מקום להאריך בנקודה זו, מאחר

לזכות את זה, וכמו שפרש"י (ב"מ שם וכתובות פה.) והיינו מפני שלא תקנו שיזכה לחבירו על ידי מעשה בו הזוכה מתעבר על ריב לא לו ועושה מעשה שיש בו עוול, ועיין בספר מנחת אשר (להג"ר אשר וייס שליט"א) על ספר בראשית סי' נט שהאריך לנכון בביאור סברא זו, ובביאור שיטת הפני יהושע (כתובות פד:) שהובא בקצות החשן סי' קה סק"א שכתב שהתופס נידון כשליח לדבר עבירה, שהקצות החשן הקשה עליו קושיא עצומה, ועוד הקשו שהעבירה אינה ברורה, ובאר שם שאין כוונת הפני יהושע לגדרי אין שליח לדבר עבירה בעלמא, אלא שבתופס לחבירו במקום שחב לאחריים הזכירה בטלה מפני העוול שיש בה. אך אם התופס הוא פועל העושה מלאכה עבור בעל הבית, מכיוון שידו כיד בעל הבית, הרי שאין הפועל נידון כאישיות עצמאית, אלא מעשיו מתייחסים לבעל הבית, על כן אינו נחשב כמתעבר על ריב לא לו.

לפי דרך זו נראה שמסוגיא זו בב"מ, אין אנו למדים אלא הלכה הקובעת את המעמד של המגביה מציאה עבור בעל הבית, שמצד המוסר אינו נחשב כמתעבר על ריב שאינו נוגע לו, ויש תוקף לזכירה זו. אך אין מסוגיא זו מקור לחדש גדרים חדשים בשאלת היחס שבין הפועל לבעל הבית.

ועיין בספר שער המלך ריש הלכות תרומות שדחה את סברת המחנה אפרים, וכן במהרי"ט אלגאזי על בכורות פ"ד אות נ', וע"ע שד"ח כללי מערכת האלף אות קמ"ז וע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ד סי' כו ס"ק כב שהביא רבים מהפוסקים שחלקו על המחנה אפרים, וכן הביא בספר יביע אומר חלק ה' חיר"ד סי' יב אות ו', ובחלק ט' חו"מ סי' י'. אך כאמור, נראה שבנסיבות בהם הפועל נהג בניגוד להוראות בעל הבית, גם אליבא דשיטת המחנה אפרים לא אמרינן יד פועל כיד בעל הבית.

האם הממונים על ענייני צבור דינם כשליחים

יש לדון האם העוסק בצרכי הציבור דינו כשליח, ויחול בו הכלל שבכל שינוי קטן יאמרו לו לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, או שבידיו סמכות של בעל הבית.

ובספר אבן שתיא (להג"ר אליעזר דון יחיא ז"ל) חלק חו"מ סי' עו כתב - "נשאלתי בגובר של קהל שקנה דבר בעד הקהל ונתאנה בפחות משתות, אי גם בדידיה שייך לומר לתקוני שדרתיך ובטל המקח, או גובר עדיף בזה משליח דעלמא". ובתשובתו האריך לדון בשאלה זו, ובמסקנתו כתב - "הילכך נראה עיקר, דהקהל יכולים לומר לו לתקוני שדרתיך. וגם מדברי בעל הפלאה (בספר המקנה) בקידושין דף כ"ט נמי מבואר שטובר דגם בגובר איכא האי טענה דלתקוני שדרתיך וכו', ועיין במעילה דף י"ג בהקדיש בור והתמלא מים, דאמרינן דמועל בו ולא במה שבתוכו, שהקשו שם התוס' דליקנו הקדש המים מתורת חצר ... והקשה התו"ט דליקנו מתורת שליחות דהא גם בהקדש יש דין שליח. ותירץ כיון דהגובר רק דין שליח יש לו אינו יכול

ממקום שבא להחליט דבשותפין לא שייך לתקוני כדלקמן סי' קע"ו, לא נמצא כי אם מה שבהג"ה וכל מה שאינו משנה או פושע יעשה בשל חבירו כמו בשלו ... אך א"כ צ"ע מאין למד לגבי שותף שמחל, די"ל הואיל דודאי פושע הוא לית ליה רשות, והוי כנוכראה דמחיל, ומנלן דבמסתמא כהתנה לגבי אחרינא בין לעיוות, דלשון זה מהני לגבי מחילה כדאיתא סי' קכ"ג. (מסקנת הבית מאיר טובא להלן).

ובתומים סי' עז סק"ט חלק על הש"ך וכתב - "גם נראה, אפילו בשותפין גמורים, גם כן לא על זה נכרת ברית שותפות שיכול למחול בלי ידיעתו, ועיי"ש במה שהביא ראייה לדבריו.

ובספר נתיבות המשפט כתב - "ובזה הדין עם התומים דאין לשותף כח למחול ולהזיק, דלא עדיף מאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית שמבואר בסי' צו". וכן פסק ערוך השלחן סי' עז סעיף ט'.

ובשו"ת בית שלמה חחו"מ סי' מז כתב על דברי הש"ך - "דברי הש"ך צ"ע, דעל חלק חבירו הוי רק כשליח בעלמא".

ובשו"ת מכתב לדוד (להג"ר דוד פארדו ז"ל) חלק על דברי הש"ך וכתב - "תמהני טובא מחכמתו הנפלאה של הרב הכהן הגדול, היכי סלקא דעתיה לחלק ביניהם ולומר דדוקא בבא בהרשאה שהוא שליח מצי למימר לתקוני כו', מה שא"כ בשותף. אטו שותף לאו שליח איהו בפלגא דחבריה, והיכי אמר מר דבשותפין לא שייך לומר לתקוני כו', ומסיים עלה כדלקמן סי' קע"ו. ואדרבא משם ראייה דשפיר שייך למימר הכי אפילו בשותפין, שכן מבואר שם סעיף כ"ה אם תבע א' מהשותפין טענה אם לא היה שותפו בעיר, יכול לתובעו פעם אחרת דדוקא כשהיה בעיר אמרינן מסתמא ידע וסבר וקביל, אבל אם לא היה בעיר לא מוזיק ליה טענת שותפו ... ובכל אלו בודאי טעמא הוא משום דא"ל לתקוני שדרתיך כו'. ובכמה דוכתי איתא הכי להדיא דשותפין הוו שלוחי אהדדי, וכאשר הראית בסוגייתא דלעיל דקאמר בהדיא שליחותיה עביד ... וכיון דשליח הוא, מאין הרגלים דכל שלא נתן לו רשות בבירור, שלא יוכל לומר לו לתקוני שדרתיך כו' ובודאי דהרב ש"ך ז"ל אגב ריהטיה לא דק בהך מלתא בטוב עיונו. והעיקר כמ"ש כלהו רבוותא דלא שניא, וגם הרב ש"ך גופיה כך העלה שכ"מ בתשובת מהר"מ שבהג"מ ובמרדכי פ' הגזל בתרא ע"ש ועיקר".

והנה הב"ש סי' פו סק"ט כתב - "כתב בית הלל, ה"ה שני שותפים בסחורה אחת ומכר אחד סחורה בלי ידיעת חבירו, אין צריך הלוקח להחזיר הסחורה, הואיל הוא דרכו למכור, רק זה השותף חייב לשלם לחבירו מה שהפסיד לו בממכרו קודם הזמן כמ"ש בחו"מ סי' קע"ו".

הרי מבואר שאף ששותף אחד עבר על דעת השותף השני, אפ"ה מה שעשה עשוי, אלא שבדין ודברים בין השותפין ידו על התחוננה וישלם הנזק שגרם.

הבית מאיר אה"ע סי' פו כתב על דברי הב"ש - "הנה חידוש זה שיהא המכר קיים במכר קודם הזמן ושלא יהא

שנראה שדינם של חברי העמותה אינו דומה לדין טובי העיר שהתמנו על ידי אנשי העיר לעסוק בצרכי ציבור, אלא דינם כגבאי צדקה.

היחס שבין הנציג לעמותה

יש מקום לדון בנידון שלפנינו, האם יש לראות את כל פעילי ב. כשותפים במלאכה זו של סיוע לארגון שיעורי תורה, ולכאורה מעשיו של נציג אחד מחייבים את כלל השותפות. יתכן שאין דינו של שותף ביחס לחבריו כיחס שבין שליח למשלח, וזאת על פי שיטת הש"ך הסובר כי היחס שבין שותף לחבריו השותפים, אינו דומה לשליח, ואין אומרים בו לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי.

הש"ך חו"מ סי' עז סק"ט כתב - "יש חילוק בין שליח לשותף, דהשליח שטעה קי"ל לקמן סי' קפ"ב סעיף ג' אפילו בכל שהוא המקח בטל, שיאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ובשותפין לא שייך לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, כדלקמן סי' קע"ו. א"כ שפיר יש לחלק ביניהם, דבשלמא כשבא בהרשאה, אינו אלא שלוחו, ואמרינן לקמן סי' קכ"ג סעיף ה', הבא בהרשאה שמחל אינו כלום, שזה יאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. אבל בשותפין שדרך הוא, שכל אחד ואחד יש לו כח לעשות מה שירצה, הוה כאילו התנה עמו בין לתקן בין לעוות, דמועיל מחילתו, וכדלקמן סי' קכ"ג שם ... א"נ י"ל, נהי דיש בידו למחול, היינו דהוה כאילו התנו כך שכל אחד יכול לעשות מה שירצה, ואם יעוות ישלם לחבירו חלקו, דאל"כ אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני. אלא ודאי לגבי אחרים כל מה ששותף אחד עושה, כאילו שניהם עושים. אבל לגבי שותף חבירו, אם הוא פוטר או מוחל, צריך לשלם לו חלקו, וצ"ע".

ולפי דרכו של הש"ך בשותפין, היה מקום לומר שה"ה בנידון שלפנינו, יש לקבוע כי חברי עמותת ב. והפעילים בעמותה דינם כשותפים. מטרת השותפות היא להוציא לפועל את מטרות העמותה. אחת מהמטרות היא לפעול להסדרת שיעורי תורה אשר ממומנות במימון ציבורי. לפי דרך זו, יש לקבוע שכל מה שעושה נציג מוסמך של ב. מחייב את העמותה, כשם שכל מה שעושה שותף מחייב את השותפות. גם במקרה הנוכחי קיימת סברת הש"ך שכתב ביחס לשותפות - "דהוה כאילו התנו כך, שכל אחד יכול לעשות מה שירצה, ואם יעוות ישלם לחבירו חלקו, דאל"כ אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני".

ולפי זה כל התחייבויותיו של הנציג המוסמך כלפי התובע שרירות וקיימות, אלא שמנהלי העמותה רשאים לתבוע מהנציג את כיסוי הנזקים שנגרמו לה עקב חריגתו מהכללים, כשם ששאר השותפים רשאים לתבוע מהשותף פיצוי על מחילה שמחל בניגוד לכללי השותפות.

אך דברי הש"ך אינם מוסכמים על הרבה מהפוסקים. הבית מאיר אה"ע סוף סי' פו כתב על דברי הש"ך - "תדע,

כבר כתבו התוס' שם דהכונה שותף שעשאו ג"כ שליח דאיכא תרתי וע' בפ"י שם בביאור היטב, אבל בשותף שלא עשאו שליח ודאי דגרע משליח וכמ"ש ... ואמנם הא דשותפין כשלוחין היינו משום דאדעתא דהכי נעשי' בשותפות ודרכן בכך, א"כ הכל תלוי כפי האומדנא וא"כ לפי"ז נראה דזה דוקא בשותפין בכל עסקיהם לזמן קצוב או לעולם אבל היכי דקנו שנים איזה סחורה ולא עשו ביניהם זמן להשותפות ובידם לחלוק א"ע בכל עת ובכל שעה ודאי דאין ביד א' למכור חלק חבריו בדרך עיוות בלא ידיעתו, וכיוצא בזה כתב התומים סי' ע"ז סק"ט ובב"מ אה"ע סוס"י פ"ו דגם להש"ך דסובר דשותף שמחל מהני מחילתו דוקא בשותפים בכל עסקיהם דבזה אמרינן דהוי כהתנה בין לתיקון בין לעיוות, משא"כ בשותפים בדבר אחד לבד, וכיון דכל טעמו של הבית הלל וב"ש דשותף שמכר קודם זמנו המקח קיים משום דהוי כהתנה בין כו' וכמ"ש הב"מ שם להדיא, א"כ דוקא בשותפין בכל עסקיהם. ואפילו אי נימא דגם במסחר אחד הוי כן, היינו עכ"פ בעשו ביניהם שותפות לזמן, וכיוצא בזה כתב בשו"ת תועפות ראם להג' מהר"מ טוביש אבד"ק יאס דגבי יורשים ל"ש כלל דין שותף מה שעשה עשוי דהכל לפי האומדנא ע"ש, וכבר כתבתי בקצרה בחיבורי סי' קע"ו שם דנראה דדוקא בשותפים בכל עסקיהם שייך דין זה וכעת ביארתי יותר, וא"כ בני"ד ביד השותף הב' לבטל המקח."

ובספר האלף לך שלמה (להג"ר שלמה קלוגר ז"ל) חלק חו"מ סי' כ' כתב - "מ"ש רר"מ דהדין פשוט, דשותף מה שעשה עשה, אמת כן מבואר בש"ך סי' ע"ז וב"ש סי' פ"ו, אך זה דוקא בשותפין שנשתתפו, בזה כיון דהמנהג כן, י"ל דע"ד כן נשתתפו מתחילה."

ובספר שער משפט סי' עז סק"ד כתב על דברי הש"ך ס"ק יט (הנזכרים) - "ול"י נראה עיקר כהורב רמ"א בזה, דנהי שהאמת הוא דאם שותף אחד מכר דבר מהשותפות לא יכול השותף האחר למחות ומה שעשה עשוי, רק דאם שינה צריך לשלם לשותף האחר, כמו שהוכיח זקני הגאון בבית הלל באה"ע סס"י פו והביאו הב"ש שם והסכים כן, היינו דוקא בדבר שדרכן של בני אדם בכך, ולכך מה שעשה עשוי ואינו יכול לומר לתקוני שדרתיך, דשותף עדיף משליח. אבל ליתן מתנה לאחרים מחלקו ודאי דאדעתא דהכי לא הרשהו ... דפשיטא דאמרינן דמסתמא לא נשתתף עמו שיהא יכול ליתן מתנה מחלקו שום דבר."

ובשו"ת מר ואהלות חלק חו"מ סי' כה כתב - "ידוע ומפורסם שדרך כל השותפים הסוחרים כשיקח אחד מהם סחורה גדולה כזו לצורך השותפות נמלך השותף עם חבריו ומכ"ש היכא שהשותף הזה דני"ד הקונה אינו חותם בשטרי החובות ואין לו קרן בשותפות אלא מעט הרבה לגבי חבריו וא"כ בודאי דרך שותפים כלו שלא לעשות דבר גדול או קטון וכ"ש הקטן שבהם בלתי ידיעת שותפיו, ומכ"ש שמעולם לא קנה שום סחורה בלתי רשותם והסכמתם, וכ"ש שהיה ביניהם

כשליח שעבר על דעת משלחו דהמקח בטל, כדאיתא בחו"מ סי' קפ"ב ס"ב, ודאי דאי אפשר ללמדו מהכא, אלא שהבית הלל למדו ממה דאיתא בחו"מ קע"ו סעיף י"ד בהג"ה אבל אם מכרה קודם זמנה חייב לשלם חבריו חלקו, מזה כתב א"כ נראה שהלוקח אינו חייב להחזיר למוכר ואין השותף מעכב הואיל שדרכו בכך למכור סחורות השותפות כמו שהדין כאן גבי אשה מה שעשתה עשוי אם דרכה בכך ... אמנם אף הש"ך חו"מ ע"ז ס"ק יט כתב דהא בלא"ה יש חילוק בין שליח לשותף ... ובשותפין ל"ש לתקוני שדרתיך ... ומנ"ל דבמסתמא כהתנה לגבי אחרינא בין לעיוות, דלשון זה מהני לגבי מחילה כדאיתא בסי' קכ"ג, וע"כ נמי מראיות הבית הלל מדהמקח מתקיים במכר קודם זמנו, ונראה לו דוחק להעמיד בדא"א למיהדר, א"כ משם בפשוט יוכל להוכיח דלגבי אחרינא הוה כהתנה בין לעיוות, ולא לגבי שותף, דשם מבואר דצריך לשלם מה שפשע ... ועם כל זאת, לע"ד מה שהשיג הש"ך על הרמ"א אינה השגה, די"ל דוקא ... או מכר באשראי ... כיון דאי אתא לידי רווחא ניחא ליה, י"ל דהוי כהתנה מעיקרא בין לעיוות דאל"כ לא יתעסק אדם עמו, משא"כ במחילות חוב. ותו דאפילו נימא דאף בשותפין אם מחל מעסק השותפות דמחילתו מחילה והוא חייב לשלם, היינו בשותפין בכל עסקיהם, אבל שני בני אדם שאין להם שותפות זולת הלוואה אחת שנשתתפו בה, מהיכי תיתי לומר במה שמוסר לו השטר לגבותו שיהא הסתם כפירש בין לעיוות כדי שיהני מחילתו, ושפיר הוי כנוכראה דלאו מידי הוא."

ומהרש"ם חלק ה' סי' כח כתב - "בתשובת פרח מטה אהרן ח"א סי' פ"ה תי' בזה, הא דמבואר בטוש"ע סי' קע"ו דאם שינה ממנהג המדינה או עבר ועשה שלא מדעת שותפו חייב לשלם ואמאי לא חילקו דהיכי דהתחילו להתעסק ביחד פטור, ובע"כ משום דבכה"ג דשינה הו"ל כנעשה ממון השותפות מלוה אצלו ואיננו בגדר עסק השותפות כלל וחייב, ע"ש. ולכאורה מזה ראייה לדברינו דבכה"ג דשינה אינו בגדר שותף כלל. אך לפ"ז תיקשי א"כ אמאי לא יבוטל כל המעשה שעשה כיון דלאו שליחותי קעביד, וצ"ל דמיירי בדא"א למיהדר המעשה ולבטלו. וזה דלא כמ"ש הבית מאיר דהבית הלל למד דבר זה מדכתבו הפוסקים דחייב לשלם בשינה אי שמכר קודם זמנו ודוחק לאוקמי בדא"א למיהדר, ומדברי הפרח מטה אהרן הנ"ל מוכח דבשינה אינו בגדר שותף או שליח כלל וצ"ע, (א"ה גם בע"ש סי' קע"ו פסק כן דבלא בא עדיין הסחורה להקונה, א"א להוציא כשהשותף מוחה). ועוד דהא באמת גוף חילוק הש"ך שכתב דשותף עדיף משליח, אין לו שורש בש"ס, ואדרבא מצינו בש"ס דקידושין מ"א ע"ב בהא דפריך לר"ש דפוטור תרומת נכרי מחומש אתם גם אתם למ"ל ומשני דסד"א הואיל ואמר מר אתם ולא שותפים כו' אימא אתם ולא שלוחכם קמ"ל ומבואר דשליח עדיף משותף והא דקאמר הש"ס שם (קידושין מ"ב א') דלמא שאני התם דאית לי' שותפות בגוי,

והביאו הב"ש שם והסכים כן, היינו דוקא בדבר שדרכן של בני אדם בכך, ולכך מה שעשה עשוי ואינו יכול לומר לתקוני שדרתיך".

על כן מכל הנ"ל נראה בנידון שלפנינו, מאחר והנציג של ב. בצפון פעל בחוסר סמכות ושינה שינוי מהותי ומרחיק לכת מהכללים בהם הוא מחוייב, בכך שהתחייב כלפי התובע שכר חדשי קצוב מראש, ואין דרכם של נציגי ב. לפעול בדרך כזו, ואין כל אומדנא דחברי ההנהלה הסכימו לכך, על כן מעשיו אינם מחייבים את העמותה.

ולפי זה, חזרנו לדין המבואר בריש פרק האומנין. מאחר והסיכום שהושג בין נציג ב. והתובע בטל, דינו של התובע כמי שעבד ללא קציצת שכרו, מאחר והעמותה אינה מחוייבת בפעולות שעשה הנציג שלא כדין.

הנציג אמר "שכרם על בעל הבית", ולא התחייב אישית. בין התובע ובין הנציג, מלכתחילה לא העלו על דעתם שהנציג מתחייב אישית, לשלם מכיסו את השכר שהבטיח לתובע, ולעניין זה אין לראותו כשותף ממש, המחוייב אישית בהתחייבות שנטל עבור השותפות.

עלינו לברר האם בנסיבות הנוכחיות, יש מקום לחייב את ב. בשכרו של התובע ברמת שכר המקובלת - מנהג המדינה, וכדין הפועלים שבעל הבית אמר שלש השליח קצץ עמם ארבעה.

יש לדון דשאני התם, שבעל הבית נהנה מעבודתם על כן גם אם הקציצה התבטלה, מוטל עליו לשלם להם כפי המתחייב לשלם לפועלים שעבדו ללא קציצה, מאחר ולמעשה הפועלים עבדו למענו והשביחו את שדהו על כן בעל הבית מחוייב על העבודה שהביאה להשבחת שדהו. משא"כ בנידון שלפנינו, עיקר ההנאה היא של חבורת הלומדים בכלל, וההנאה של העמותה היא מסופקת, ולכל היותר היא הנאה עקיפה ומצומצמת, אם בציבור ינדע שעמותת ב. פרשה חסותה על העניין, וששמה נקרא על מסגרת לימודית זו.

אילו עמותת ב. היתה נוטלת על עצמה כעין משימה של גבאי צדקה, הנוטלים על עצמם להיות יד עניים, ולעניין התביעה הנוכחית היה דינם כידם הארוכה של לומדי התורה, היה מקום לחייב את לומדי התורה לשלם את שכרו של התובע, והעמותה היתה הכתובת להטלת חובת התשלום. אך לענ"ד בנסיבות הנוכחיות מעולם לא עלה על דעת העמותה לקבל על עצמם תפקיד רחב של אפוטרופוסות מלאה למילוי צרכי הלימוד של הלומדים. יש להניח שהם לא נטלו על עצמם לממן ספרי למוד או הוצאות חשמל שכר דירה וכדומה. אלא נטלו על עצמם תפקיד מצומצם של העברת התמיכה הממשלתית. ועל כן לא ניתן לדונם כאפוטרופוס, הנמצא במקומו של היתום או העני לכל דבר ועניין.

ועיין בפרישה יו"ד סי' רנח סק"ה דהא דאמרינן גבאי צדקה יד עניים הם, היינו מפני שאנו דנים אותם כשלוחי

תנאי מפורש בזה שלא יקנה שום דבר בלתי ידיעתם ... וא"כ ודאי זה שהלך ושינה מדרך המנהג והתנאי שעשו ביניהם ודאי איהו דאפסיד אנפשיה, ולא נשתעבדו חבריו במה שעושה חוץ מדעתם וחוץ מהשורה, ודאי טעם מנהג זה נכון ... דכיון דמתורת שליחות נגעו בה, בשינוי כל דהו סגי, ומכל שכן בנ"ד דתנאי מפורש הוה ביניהם שלא יעשה שום דבר בלתי ידיעתם ועל דעת זה נשתתפו. וכיון דשינה השותף תנאו, אפילו הרמב"ן מודה דאינו משעבד לחברו, וכמ"ש הרב כרם שלמה שם והרב בעל שמחת י"ט בסי' ע"ג.

ועיין בפד"ר כרך י' עמ' 341 בפס"ד מביה"ד בת"א שנכתב ע"י הג"ר שלמה טנא ז"ל, (וחזר והדפיסו בספרו ברכת שלמה חח"מ סי' כא) שדנו בדירה שנמכרה על ידי חברה לאדם פרטי, והקונה תבע לקיים את הסעיף המחייב העברת הרישום בטאבו על שמו עד למועד מסויים, והחברה בקשה להתנער מהחווה עקב כך שמטעם החברה חתם על החווה רק חבר הנהלה אחד, ועל פי תקנות החברה יש צורך בחתימת שני חברי הנהלה.

וכתב שם בפסק הדין - "הבעיה הראשונה והיא עיקרית, אם החווה שנערך וחתום על ידי הקונה והרבנית מחייבת את חברה ב' הואיל ולפי התקנות יש צורך בשתי חתימות, ואם יש רק חתימה אחת מצד ההנהלה אינה מחייבת את חברה ב'". ועיי"ש שהביא מדברי הש"ך הב"ש והבית מאיר ומהרש"ם ועוד פוסקים, ולבסוף העלה - "אכן ברור הדבר מה שהבהרנו שהמכירה קיימת, זה רק מה שנוגע לשותף אשר מכר ללוקח, וכל מה שנעשה ביניהם לא ניתן לביטול, אבל ביחס לשותף השני, אף שאינו יכול לבטל את המכירה, אך הלוקח אינו יכול לתבוע ממנו שום דבר, כיון שאין לו שום קשר אתו ולא הוא שמכר לו, ואף שיש ללוקח איזו שהן תביעות ביחס למוכר, הרי עליו לבא רק לזה השותף אשר מכיר אותו כמוכר, ואילו השותף השני הרי יכול לטעון לאו בעל דברים דידי את, כי אני לא מכרתי ומעולם לא הכרתי את הלוקח, אלא שאינו יכול למחות בעיסקא שנעשתה על ידי חבריו השותף, אבל מצדו לא נעשתה התחייבות כל שהיא לגבי הלוקח. ולכן בנידוננו מזכותה של חברה ג' לטעון שאינה אחראית על מה שנאמר בסעיפי החווה, ולגבי החברה יש לראות את החווה מכר כנטול ערך, מאחר שמנהלי החברה לא חתומים על החווה", עכ"ל.

העולה מדברינו שכל הדיון האם לתת תוקף למעשיו של השותף שעשה מעשה בלא ידיעת חבריו, היינו בכה"ג שקיימת אומדנא מסויימת שהשותף היה רשאי לעשות כן. בבית הלל איירי בשותף שדרכו למכור, ובאר האלף לך שלמה - "בשותפין שנשתתפו, בזה כיון דהמנהג כן, י"ל דע"ד כן נשתתפו מתחלה". ומהרש"ם כתב "הכל תלוי כפי האומדנא". ובשער משפט כתב - "נהי שהאמת הוא דאם שותף אחד מכר דבר מהשותפות לא יכול השותף האחר למחות ומה שעשה עשוי, רק דאם שינה צריך לשלם לשותף האחר, כמו שהוכיח זקני הגאון בבית הלל באה"ע ססי' פו

ולפי זה יש לדון לחייב את המעסיק רק כשהמעסיק לא הסתלק מהשמירה, ויעויין מש"כ בזה בספר מנחת צבי ח"ב סי' ד' ס"ק כד-כה ובספר שורת הדין כרך ג' עמ' רע - רעד במאמר של הגר"ח ש שאנן שליט"א, ומתוך הנ"ל עולה שבמקרה שהנוק נעשה על ידי הפועל במעשה שבעל הבית כלל לא ידע עליו, ולא נטל אחריות או ערבות למעשה הפועל, לא ניתן לחייבו על הנוק. ק"ו בנידון דנן שמלבד זאת, הפועל עבד בניגוד להוראות מעסיקו, ועקב כך ארע הנוק, על כן לא ניתן לחייב את המעסיק.

לפנים משורת הדין

כל האמור עד כאן הוא בירור הלכה זו עד כמה שידינו מגעת להעמיד הלכה זו על בוריה מהו הדין. אך נראה כי מאחר שהנוק הנוכחי נגרם במסגרת פעילות של עמותה ציבורית, ותחת שם העמותה. יש מקום להטיל עליה חיוב בגדר לפנים משורת הדין. אמנם על פי גדר הדין לא מצאנו מקום לחייב את העמותה, אך לא יתכן שבסיום פרשה עגומה זו, ולאחר שהתברר שיצאה תקלה ומכשלה במסגרת פעילות העמותה הציבורית, יצאו הציבור באמצעות נציגיו, כשתקלה ומכשלה זו יצאה מתחת ידם, ובלא לפצות פיצוי סביר את התובע שניזוק בנזק רציני מכל העניין.

בטרם נרחיב בהלכה זו של לפנים משורת הדין, אציין שמצאתי תשובה מגדולי המשיבים בדור הקודם, שדן בעניין שיש ביסודותיו דמיון רב לנידון שבפנינו, ולאחר שהגיע למסקנה שאין לחייב מצד הדין, סיים בחיוב של לפנים משורת הדין.

ולהלן תמצת דבריו הנוגעים לעניינינו - בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"א סי' מ' דן במקרה בו ראש הקהל הדיח את רב הקהילה מתפקידו, שלא כדין, ולאחר פטירת הרב יורשיו תבעו מבני העיר תשלום משכורתו ממועד ההדחה, וכן את הפרס המקובל לתשלום עבור סידורי חו"ק שהפסיד באותה תקופה. ביחס למשכורתו, כתב מהר"ש ענגיל ז"ל לחייב את הקהל על פי הדין, אך ביחס לשאר היזקים שראש הקהל גרם לרב, כתב מהר"ש ענגיל ז"ל - "כת"ר העיר שיכולין אנשי העיר לומר לפרנס, לתקוני שדרתיך ... עכ"פ זה פשוט דטובי העיר יש להם כח כמו הבעלים עצמם ועדיפי משלוחים, והוי כהא דאמר בש"ס ב"מ דף י'. יד פועל כיד רבו דמי, ועיין במחנה אפרים הלכות שלוחין סי' יא שכתב דבפועל לא שייך לומר אין שליח לדבר עבירה, ונודע מה שהעירו עליו כמה פוסקים ... אף אי נימא דהקהל יכולים לדחות רב ממקומו, מ"מ בסתם אמרינן דלא נתנו כח זה לראש הקהל לחוד, כמו דלשיטת כמה פוסקים אין לו כח על מכירת בית הכנסת. ומ"ש כת"ר על דבר שתבעו היזק ... וכתב כת"ר דכיון דד"ג הוא רק מטעם קנס, אי אפשר לקנוס לבני העיר מה שגרם הפרנס הפסד. הנה זה אמת וצדק, דמצד דינא דגרמי צריך הגורם לשלם מנכסי עצמו ... מכל שכן הכא דהציבור אין להם לשלם מה שגרם ראש הקהל

העניים, ועל כן ידם זוכה עבורם. אך הדבר פשוט שלאותם עניינים בהם הגבאים אינן חפצים להיות שלוחים, אין דינם כשלוחי העניים. ועל כן אין להם מעמד, בתביעה האמורה להיות מופנית כלפי מי שנהנה.

התחייבות מעסיק בנזקי המועסק על ידו

מכל האמור לעיל עולה, שאין מקום לחייב את הנתבעים או אחד מהם מכח יחסי עובד ומעביד, אך נראה שמאחר וכפי הנראה אין סיכוי לגבות את התשלום המלא מחבורת הלומדים, וההוצאות הכרוכות בכך עשויות לעלות על ההכנסות, ומלבד זאת יש לדון שאין מקום לחייבם מאחר ומקובל שלא לגבות תשלום מאברכים ומבעלי-בתים המשתתפים בכוללים מעין אלו, על כן אין מקום לראות בהם כתובת לגביית שכרו של התובע, ובנסיבות אלו לא נותר לנו אלא לחייב את הנציג של ב. בנזקים שגרם לתובע.

ראשית, בעקבות הסיכום בינו לבין התובע, התובע נסע מידי יום מטבריה ליבנאל והלוך וחזור סה"כ כשלושים וחמש ק"מ ליום עבודה, וזהו מגדר גרמי כעין "לך ואני אבוא אחריך", יעויין בחו"מ סי' יד ס"ה. שנית, בעקבות הסיכום הנ"ל עם הנציג, התובע הפסיד את אפשרות להתפרנס באותו זמן בו עסק בעבודתו בעיר ז., ויש לדון זאת כהפסד של גרמא. אלא שעדיין יש לדון שמא שאני "לך ואני אבוא אחריך", דהתם האומר אינו מודיע כי אינו מתחייב בתשלום עקב כך. משא"כ הכא שאמר שכרכם על בעל הבית, והיה ברור שאינו מתחייב לתשלום אישי, שמא אינו דומה ל"לך ואני אבוא אחריך" המתחייב בגדר גרמי. אך זה אינו, מאחר וגם בדין "לך ואני אבוא אחריך", לא מכח התחייבותו לתשלום אתו, שהרי לא התחייב מאומה, אלא מכח מוזק בגרמי, בנזק הנעשה מתוך דיבורו. ולעניין זה הוא הדין הכא. אמנם היה מקום לדון, האם ניתן להטיל חיוב נזק זה על המעסיק של הנציג, וזאת מתוך אחריותם הכוללת של המעסיק למעשיו של המועסק על ידו. אך נראה שבמקרה שלפנינו, אין מקום לחיוב כזה.

שאלת חובת בעל הבית המעסיק פועל, לתשלום נזקי פועל שעבד מטעמו והזיק אדם שלישי מתבררת בב"ק דף צח: ובשטמ"ק שם. שנינו במשנה (ב"ק שם) "הבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל, ושיבר את האבנים או שהזיקן חייב לשלם". וכתב השטמ"ק בשם רבינו יהונתן - "חייב שאיבעי ליה לעיוני דאדם מועד לעולם. אבל בעל הבית פטור שהרי כל המלאכה על האומן ובעל הבית מסולק הוא משם. ומשום הכי נקט דוקא קבל, אבל אם היה שכיר יום שלא נסתלק בעל הבית משם, השמירה מוטלת על שניהם ושניהם משלמים". וכתב שם בשטמ"ק בשם המאירי - "בעל הבית כבר נסתלק משמירה זו, הואיל וזה קבל מלאכה זו בדרך קיבולת, הא אם עשה בה שכיר יום, לא נסתלק בעל הבית משמירתה ושניהם משלמים". וע"ע מש"כ שם בשם הר"מ מסרקסטה ז"ל.

לת"ח וי"ש ודאי דכופין, כמו דא"ל רב לרבב"ח ס"פ האומנין".

וכל זה ביחס לדין שבין אדם לחבירו, אך ביחס לציבור, החיוב לקיים "לפנים משורת הדין" ברור יותר, וכדלהלן - בחתם סופר חלק יו"ד סוף סי' רלט כתב - "עכ"פ משום ועשית הישר והטוב ראוי לשלם, וכופין את הציבור על זה, וכמו שכתב בתשובת צמח צדק סי' פט עיי"ש היטב".

ולהלן מדברי הגרי"א הרצוג ז"ל בספר פסקים וכתבים סי' פו ידוע מה שאמר הגאון ציס"ע ר' ישראל מסלנטר ז"ל שלפיכך נאמר במשנה (ב"מ עה.) אין להם אלא תרעומת, כדי להשמיע לנו שיש להם הרשות לקיים תרעומת בלבם. והנה מצינו לפעמים שכופין על לפנים משורת הדין ועיין חושן משפט סי' רנ"ט סעיף ה' וסי' שנו' ובקצה"ח ובתוספות ב"מ דף כד: ד"ה לפנים משורת הדין, ובהא דשקולאי שם דף פג. אפילו במקום הפסד גדול כופין לאדם חשוב משום למען תלך בדרך טובים, והוה דינא הכי לגביה, אף שאין דינא הכי לגבי אחרים. ומוסד ציבורי כזה יש לו תורת אדם חשוב, ובפרט שאחד העומדים בראשו הוא ת"ח גדול".

ובפד"ר ח"ה עמ' 151 כתב הגר"א גולדשמידט ז"ל - "אף על פי שהלכה זו אינה אלא לפנים משורת הדין, כמבואר, ומחלוקת הראשונים היא אם כופין על קיום לפנים משורת הדין, כמובא בטור ובשולחן ערוך חושן המשפט סי' י"ב. אולם הב"ח שם מכריע כדעת הפוסקים שכן כופין. ועיין בתשובות צמח צדק סי' פ"ט, המסיק כי גם הסוברים שאין כופין, היינו בשוטים או בירידה לנכסים, אבל בדרכי כפיה אחרים, כגון שמתא, כופין לכולי עלמא, והוא פוסק כך להלכה. ועיין בתשובות שבות יעקב חלק א' סי' קס"ח, הפוסק שכופין בדברים, היינו שבית הדין מחייב ומצוה, אולם אינו אוהו באמצעי כפיה לביצוע הצו.

ועיין בתשובת החתם סופר הנ"ל, הפוסק להלכה, על פי פסק הצמח צדק הנ"ל, שכופין על לפנים משורת הדין. והחתם סופר אינו נכנס כלל לברר מה הם דרכי הכפיה, אם בשוטים או בשמתא, או בדברים בלבד, מפני שלמעשה אין כל הבדל בדבר, כאשר המדובר הוא בציבור, כי די לו לציבור בכפיה בדברים שהוא צווי בית הדין, ואוי לו לדור אשר פרנסיו מסרבים לצו בית דין, עד שיהא צורך באילוף על ידי דרכי כפיה ממש".

וע"ע מש"כ בזה בפד"ר חלק ח' עמ' 215.

ובשורת מנחת יצחק חלק ה' סי' קכא כתב ובב"י (חור"מ סי' י"ב) וברמ"א שם (סעיף ב'), הביאו פלוגתת הפוסקים, אם כופין על לפנים משורת הדין, והב"ח שם הוכיח מדברי השי"ס הנ"ל דכופין, וסיים ופוק חזי מאי עמה דבר, וציין לדבריו בש"ך שם (סק"ח), וכנראה דס"ל כן להלכה, וכן כתב בפת"ש שם (סק"ז), דכן משמע דעת הש"ך (סי' רנ"ט סק"ג), וכן נראה דס"ל רוב הפוסקים שהביא הפת"ש שם (ובסי' רנ"ט) להלכה למעשה, אלא דפליגי אם כופין רק בדברים או

הפסד, ובפרט דאף גוף ההפסד לדעתי לא חשיב אף בכלל גרמי ולא חשיב ברי היזקא כמה נישואין יהיה במשך הזמן הלז ובפרט ולא חשיב רק מבטל כיסו של חבירו ... עכ"פ זה פשוט דאי אפשר לחייב את בני העיר מה שגרם לו ראש הקהל היזק. אך באמת יפה הביא כת"ה דעת הפוסקים דלאדם חשוב כופין על לפנים משורת הדין, ועיין בבל"ע שהאריך בזה בדברי השי"ס ב"מ דף פ"ג ועיין שו"ת השיב משה, ובפרט לטובת אלמנה ויתומים ובפרט... א"כ מהראוי לפייסם בכל מה דאפשר. אך עפ"י דין תורה אי אפשר לחייבם רק מה שמגיע לו פרס הקצוב, עכ"ל.

כשם שבנידון התשובה הנזכרת, מצד אחד, מהר"ש ענגיל ז"ל העלה שיש לראש הקהל סמכות רחבה, סמכות עדיפה על מעמדו של שליח, אלא ידו כיד אנשי העיר, ואין אומרים ביחס למעשיו לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, (ונעלמו ממנו דברי הרשב"ש, שהבאנו לעיל, שלא כתב כן). אפילו הכי, בנושאים בהם ברור שראש הקהל פעל שלא בסמכות, כגון בפיטורי הרב, אין הקהל מחוייבים בתשלום הנזק שגרם בעקבות מעשיו אלו, מאחר ובמעשה שנעשה בחוסר סמכות, אין דינו כידיא אריכתא של הקהל. למרות זאת, מהר"ש ענגיל ז"ל סיים תשובתו בהוראה שיש להשית על אנשי העיר חובה של "לפנים משורת הדין".

ידועה הגמרא בסוף פרק האומנין (דף פג.) רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא. שקל לגלימייהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה הב להו גלימייהו. אמר ליה דינא הכי אמר ליה, אין, למען תלך בדרך טובים. יהיב להו גלימייהו. אמרו ליה עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידי. אמר ליה זיל הב אגרייהו. אמר ליה דינא הכי, אמר ליה אין, וארחות צדיקים תשמר". וכתב הב"ח חור"מ סי' יב - "פרש רש"י בדרך טובים, לפנים משורת הדין עכ"ל. משמע דרב הוה כייף ליה לרבה בר בר חנא, דאם לא כן מאי קאמר ליה דינא הכי אם לא בא לכופו. ואע"ג דהתוספות פרק הגזול קמא (ב"ק ק. ד"ה לפנים) ופרק אלו מציאות (ב"מ כד: ד"ה לפנים) פירשו דמשום לפנים משורת הדין לא הוה ליה להפסיד, אלא מקרא דלמען תלך בדרך טובים, מכל מקום בעל כרחך שמעינן דכופין על דבר שאינו חייב בו מן הדין ... וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואע"פ שאין הדין כך".

ועיין בשו"ע חור"מ סי' יב סעיף ב' ברמ"א ובש"ך ובפת"ש. ובמהרש"ם ח"ז סי' קצא כתב - "בחור"מ סי' י"ב איכא שתי דיעות אם כופין על לפנים משורת הדין, והב"ח העיד שהמנהג לכוף לעשיר, ובתשובת השיב משה חיר"ד סוסי' מ"ח כתב שדברי הב"ח כאלו נתנו בסיני ע"ש".

וכן בשו"ת בית שלמה חלק חור"מ סי' קח כתב - "הב"ח סי' יב האריך להכריע דכופין על לפנים משורת הדין ... עכ"פ הב"ח העיד דכן נוהגין כל בתי דינים שבישראל לכוף על לפנים משורת הדין. ובתשובת השיב משה מהגאון דק' אוהעל כתב דדברי הב"ח הללו, תורה כניתן מסיני, ובפרט

המדינה, כל עוד העמותה לא התחייבה בפירוש לכללים אלו, אך במסגרת "לפנים משורת הדין" יש מקום לחייבה. נהירה לבית הדין הזהירות בקביעת הלכה זו של תשלום לפנים משורת הדין, אך נראה שכאן המקרה המתאים להוציא לפועל פסק דין המושתת על הלכה זו.

מסקנת הדברים -

- א. הסיכום שבין התובע לנציג ב. בצפון בטל מעיקרו כיון שנעשה בלא רשות ובלא סמכות.
- ב. לא נוצרו יחסי עובד ומעביד בין ב. לתובע, מאחר שלא נמצאה כל התקשרות ביניהם.
- ג. על כן דינו של התובע כמי שעבד ללא סיכום מוקדם, ודינו ליטול כ"מנהג המדינה" מהנהגה מעבודתו.
- ד. הנהנים הישירים מעבודתו של התובע הם חברת הלומדים בכולל, ואילו היו נתבעים, היה מקום לדון האם ניתן לחייבם בתשלום כמקובל ביחס לעבודה כזו, והיה מקום לפוטרו מאחר שהיה מוסכם שלא להשית עליהם כל תשלום, וכמקובל ביחס לאברכים וביחס לבעלי בתים הלומדים בשיעורים תורניים.
- ה. מאחר שבמקרה הנוכחי הנציג פעל בניגוד להוראות, בכך שהתחייב לתובע שכר קבוע וקצוב מראש, מצד עיקר הדין עמותת ב. אינה מחוייבת למעשיו ואינה עומדת במקום חברת הלומדים. על כן העמותה אינה מחוייבת בתשלום הנ"ל במקומם, אלא מחוייבת בהעברת מלוא ההקצבה הממשלתית המיועדת לתובע בנסיבות הנוכחיות. לדבריהם, סכומי הכסף הועברו מיידית ובמלואם.
- ו. יש לחייב את נציג של ב. בצפון, בתשלום הוצאותיו הישירות של התובע, דהיינו בהתאם למספר ק"מ שנשע ברכבו, לאורך כל התקופה. מלבד זאת, מאחר שהתובע נמנע מלעסוק בעבודה אחרת באותן שעות שהקדיש לעבודתו בכולל בעיר ז., יש לראות את הנציג כמי שהזיק לתובע בגרמא, וחייב בידי שמים, ויש לשקול כיצד לחייבו בידי אדם כפשרה המקובלת במקרים כעין אלו.
- ז. מצד הדין בית הדין אינו יכול להטיל תשלום זה על עמותת ב., ועם חיובו של הנציג, יוכל להפנות אליהם את הבקשה לשאת בחיוב, בדרכים המקובלות בעמותה.
- ח. התנהגותו של נציג ב. בצפון ראויה לגינוי, הן על סיכום מטעה שסיכם עם התובע, והן על כך שלא אזור עוז בנפשו להודיע לתובע במועד מוקדם, שהוא הוטעה, וכי אין סיכוי שהסיכום ימומש. ובכך גרם נזק ועגמת נפש רבה לתובע.
- ט. מאחר שהנציג הנ"ל פעל במסגרת עמותת ב. שהיא עמותה ציבורית. ותחת חסותה נגרם העוול לתובע, יש לחייבה לשלם לתובע תשלום מסויים, וזאת בגדר "לפנים משורת הדין".

גם בשוטין ונידוי עי"ש, ובתשובת חת"ס (חיו"ד סי' רל"ט אות ט') מבואר, דכופין אף את הציבור לקיים ועשית הישר והטוב עי"ש, ואף דמבואר שם בפוסקים לחלק בין עשיר לעני, וכפי מש"כ כ"ת, הקהל שם בגדר עניים, מ"מ זה נגד הכלל דאין עניות הציבור, ועוד הרי בתשובת צמח צדק (סי' פ"ט) כתב להוכיח מדברי המרדכי, לענין מה דכופין באבידה על לפנים משורת הדין, דכל שהמוצא אינו עני, אע"ג דלאו עשיר היא צריך להחזיר, וכופין אותו על לפנים משורת הדין, וא"כ אף אם הקהל אינם עשירים, אבל בודאי לא הוי בכלל עניים".

והנה מצינו שאדם ששלח שליח לעסוק בסחורה ובדרכו נהרג, שמוטל על המשלח לעשות תשובה, למרות שעל פי הדין אין עליו כל אחריות לתשלום על הנזק שארע לשליח בדרכו. ויעויין בתשובת נודע ביהודה קמא או"ח סי' לד ובשערי תשובה סי' תר"ג סק"א, ובספר שרידי אש ח"א סי' קסז כתב ביחס לחובת תשלום המשלח לפדיונו של השליח - "מ"מ נראה, שעפ"י מידת היושר מחוייב המשלח להשתתף בהוצאת פדיונו, דהנה בשו"ת נו"ב מהדו"ק או"ח סי' לד מביא מחלוקת מהרי"ו וצמח צדק, במי ששלח שליח להביא סחורה ונהרג בדרך אי מחוייב בכפרה. ועי"ש שמסיק עפ"י הגמ' סנהדרין צה. אמר לו הקב"ה לדוד, עד מתי יהיה עוון זה טמון בידך, על ידך נהרגה נוב עיר הכהנים וכו', שבאם השליח התחיל מעצמו לדבר עם המשלח, או אינו חייב בכפרה, ואם המשלח התחיל בדברים, או חייב בכפרה. ולפיכך נראה, שעכ"פ מחוייב להשתתף בפדיונו וזו תהיה לו כפרה".

גם במקרה שלפנינו, אדם שהועסק בשליחות עמותת ב. הביא לתקלה חמורה ומכשול בהטעיית התובע, ובגרם נזק (גרמי) ואבדן הכנסה, מלבד עגמת הנפש, וכל זאת על לא עוול בכפו. על כן יש להטיל חובת "לפנים משורת הדין" על המשלח דהיינו העמותה, המייצגת את הציבור, והמחוייבת לנהוג ביושר, למרות שלא נמצא בסיס לחיוב על פי דין. עמותת ב., שהיא עמותה ציבורית המנהלת כספי ציבור, מחוייבת ליושר ונקיות, כראוי למופקדים על כספי הציבור, ואין ראוי לה להסתתר מאחרי עיקר הדין הפוטר אותה מתשלום.

בנוסף יצויין, כי כיום המנהג הרווח בעולם, להטיל אחריות שילווחית על גוף שתחת חסותו ארעו נזקים, כגון לחייב את בעלי חברה בנזקים שגרם עובד מטעמה, גם כשהעובד נהג בניגוד להוראות בהם הוא מחוייב, ומעשים בכל יום שבתני המשפט מחייבים בגין נזקים מעין אלו. אמנם לפי האמור בדברינו לעיל, מצד הדין, אין בסיס בהלכה לתשלום כזה, אך בעקבות הפסיקה בבתי המשפט, מקובל בזמנינו להניח שהיושר הציבורי מחייב זאת. התעלמות מאחריות כזו נתפסת בציבור כהתנהגות שאינה הגונה. אמנם לא מצאתי מקום לחייב על פי הדין מצד מנהג

סימן מו

תביעות עובר כנגד בעל הבית

ה' אדר ב' תשס"ג

אמר רב שיכול לחזור בו אפילו בחצי יום, מטעם עבדי הם ולא עבדים לעבדים. אבל קבלן שקבל קמה לקצור, בגד לארוג, והוא רשאי להתבטל רק שלאחר זמן יגמור, באותו אין שייך לומר ולא עבדים לעבדים, כיון שהוא רשאי להתבטל כשהוא רוצה. דכוותה גבי מלמד אם שכרוהו ללמוד כל הספר או חציו ולא קבעו לו זמן ללמוד ויכול להתבטל כשהוא רוצה, אז היה חשוב קבלן.

וכן פסק ברמ"א חו"מ סי' שלג סעיף ה' - "שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל, אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן".

והסמ"ע סי' שלג ס"ק טז כתב - "הפועל, אם הוא שכיר יום יכול לחזור בו אפילו בחצי היום ... ואם הוא קבלן שקבל עליו מלאכה בכך וכך. פי' ואינו כעבד דמלאכת רבו מוטלת עליו לעשות בו כל היום בלי הפסק, אבל זה, גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה ביום שירצה, וכדרך כל בעה"ב העושה במלאכה שלו למכור ולהשתכר, משום הכי גם הוא אינו יכול לחזור בו".

ובפד"ר ח"ו עמ' 164 כתב בביאור דברי הסמ"ע וז"ל - "בודאי שאין כוונת הסמ"ע לומר, דההבדל בין פועל וקבלן הוא, דפועל עובד כל היום, משא"כ קבלן, דהא ודאי פועל שהשכיר עצמו אפילו לכמה שעות בלבד יכול ג"כ לחזור. אלא עיקר כוונת הסמ"ע היא, דפועל משועבד לבעל הבית ליום, או לשעה מסויימת, ואילו קבלן אינו קשור לבעליו, לאיזו שעה ביום, וכך גם מוכח מסוף דברי הסמ"ע בכתבו - אבל זה גומר מלאכה שקיבל עליו איזה שעה שירצה. ובסמ"ע סי' רכז ס"ק נט כתב - פי' ששכרו על עבודתו יום יום דהוא כפועל גמור ... אבל קבלן דגומר המלאכה דשוכרה לצורכה אימת שירצה אין לו דין עבד. הרי דהסמ"ע ביאר ההבדל בין קבלן לפועל בכך, דפועל קשור ומשועבד לזמן מסוים. ואילו קבלן גומר המלאכה אימת שירצה, ובמקום זה, אפילו לא הזכיר את המושג של עבודה לשעות, עכ"ל בפד"ר שם.

ובאבני נור חלק חו"מ סי' נב כתב - "החילוק שבין פועל לקבלן הוא רק בעצם החיוב. דעצם חיוב הפועל הוא העבודה שיעבוד אצלו, אין חילוק מה פעל בעבודתו. משא"כ הקבלן עצם החיוב הוא תיקון הדבר שנתחייב לתקן. ואילו יצוייר שיתקן החפץ ברגע אחד בלי עבודה כלל, אינו מחוייב יותר, על כן אינו חיוב עבדים".

העולה מדברינו, הגדרת החילוק בין שכיר לקבלן היא שהשכיר מחוייב ללוח זמנים ידוע ומוסכם מראש, והמעסיק משלם עבור מלאכה הנעשית בזמן מסויים שנקבע מראש.

תמצית עיקרי התביעה

בפנינו תביעת א. כנגד מכון ב', והתקיימו שני דיונים במעמד א. להלן "התובע", ונציגי המכון - ג. ו-ד., להלן "הנתבעים".

התובע טען, שסוכם בינו לבין ג. שהתובע יקבל עבודה למשך שנה, העבודה היא תרגום מאמרים של אדמורי"י חב"ד, תרגום מלה"ק לאנגלית. לדבריו, בתחילה סוכם כי יעבוד לפי תעריף של שכר עבור שעת עבודה, ולאחר מכן עברו לתשלום לפי היקף החומר (בהתאם למספר המילים).

התובע טען כנגד פיטוריו לאחר שבעה חדשים, ותבע פיצויים. וכן טען כי הנתבעים רימו אותו ביחס לתשלום. לדבריו, עם כניסתו לעבודה, סוכם על תשלום בהתאם לתעריף "שער השוק", והשער הוא בין 25 ל-40 דולר לשעה, אך הוטעה על ידי הנתבעים לחשוב שהתעריף המקובל נמוך יותר.

מלבד זאת, התובע טוען כי עבד על תרגום שלשה מאמרים ולא קבל עבורם שכר. וכן תובע שינתן פס"ד עקרוני הקובע כי זכויות היוצרים עבור עבודתו היא קניינו, בניגוד לעמדת מכון ב' שזכויות היוצרים של התרגום, הוא שלהם.

הנתבעים בקשו לדחות את התביעה. לטענתם לא סוכם עם התובע על תעריף הקרוי "שער השוק", מכיון שאין ידוע כלל על שער כזה. הנתבעים הכחישו את הטענה שהתחייבו להעסיקו במשך שנה, וכן טענו ששלושת המאמרים שהוזכרו על ידי התובע, לא הוזמנו מראש ולא סוכם עליהם בטרם נכתבו, ועל כן אינם מחוייבים בתשלום עבורם. כמו כן תבעו את זכויות היוצרים עבורם, ובנוסף הגישו תביעה נגדית.

מעמדו של התובע כקבלן או כפועל

עלינו לברר שאלה מקדמית, והיא - מה היה טיב ההתקשרות שבין הצדדים. האם התובע נשכר כפועל, או שדינו כקבלן שקבל על עצמו מלאכה מסויימת. ונ"מ לכמה עניינים שיוזכרו להלן.

הגדרת פועל לעומת קבלן, התבררה בדברי המגיד משנה הלכות שכירות פ"ט ה"ד שכתב - "ואם קבלן הוא וכו'. פירוש, שאינו שכיר זמן ידוע, אלא למלאכה ידועה".

ובאור זרוע ב"מ פ"ו סי' רמ"ב כתב - "וזו תשובת רבני צרפת, אשר שבני אדם מחזיקים מלמדי תנוקות כקבלן להיות ידו על התחוננה אם יחזור בו, א"כ לא ידעו פשט הלכה במה מחלקים מקבלן, דבר פשוט הוא זה, כי בפועל שאינו רשאי להתבטל כגון שכיר יום או שכיר חדש, באותן

עליו הראיה, ואם לא הביא ראיה, אע"פ שכבר נתן לו שתיים או שאמר ליה הילך, הרי בעל הבית נשבע בנקיטת חפץ. בד"א, כששכרו בעדים, ולא ידעו כמה פסק לו, ותבעו בזמנו. אבל אם שכרו שלא בעדים, או שתבעו אחר זמנו, ישבע בעל הבית, היסת".

אלא שכל זה אילו היה ויכוח בשאלת גובה שכרו שנקצץ בטרם החל לעבוד. אך במקרה שלפנינו הויכוח הוא האם מלכתחילה דובר והוסכם על "שער השוק". אך אין ויכוח שהתובע עבד בהתאם לתעריף מסויים שהוסכם עליו בין הצדדים. לטענתו, הסכמתו נבעה מתוך הנחה שזהו תעריף השוק, והסכים שזהו שכרו הראוי, אלא שטוען שהוטעה על ידי הנתבעים. וממילא הויכוח אינו על קציצה מוגדרת, אלא ויכוח על הטענה האם התובע אכן הוטעה.

יש לדון, האם אליבא דטענת התובע, יש בסיס לתביעה עקב ההטעה הנטענת על ידו. כלומר, יש לדון אילו טענת התובע היתה מתקבלת במלואה, ביחס לעובדות הנטענות על ידו, האם היה מקום לחייב את הנתבעים בתשלום. במשנה בריש פרק השוכר את האומנין (דף עה:): - "השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומת".

בבבלי התבארה משנה זו בדרך אחת, כמבואר שם בסוגיא, שהטעו פועלים אהדדי, והמקרה הוא בפועל שהוא שלוחו של בעה"ב שהטעה את שאר הפועלים. אך בירושלמי התבארה המשנה בדרך אחרת. הירושלמי הובא בראשונים. וז"ל הריטב"א בחי' (שם) - "אמרו בירושלמי, אמר לון עמי אתון עבדין היך חבריכון עבדין רובן עבדין מן עשר, אשכחון רובן עבדין מן חמש. למלאכה עמך אנן עבדין, היך חברין עבדין רובן עבדין מן חמש, אשכחון רובן עבדין מן עשר למלאכה, ע"כ. ורישא בהטעת פועלים לבעה"ב וסיפא הטעת את בעה"ב לפועלים, והא דלא פירשו הכי בגמ' דילן משום דלישנא דהטעו זה את זה משמע טפי שהטעו פועלים אהדדי".

לפי זה מפורש בירושלמי, שאם הפועלים מבקשים לקבל כמו חבריהם ובעל הבית מסכים ומודיע להם שחבריהם קבלו חמש, ולאחר מכן התברר שקבלו עשר, על זה אמרה המשנה שאין להם אלא תרעומת.

הריטב"א סבר שדינו של הירושלמי מוסכם גם על הבבלי וכתב שם - "חזרו זה בזה לא קתני אלא הטעו זה את זה, דאטעו פועלים אהדדי. מסתברא דהכי נמי הוה מצי למימר שהטעה בעה"ב לפועלים או שהטעו פועלים לבעה"ב, וכן אמרו בירושלמי" וכו'.

ובמאירי (שם, ד"ה אע"פ) הביא את דברי הירושלמי. וז"ל המאירי - "אע"פ שבעל התלמוד לא מצא טעות בין בעל הבית לפועלים אלא מדרך חזרה, בתלמוד המערב פרשוהו אף מצד השכירות. כיצד בעל הבית שהטעה לפועלים ואמר להם תבואו עמי כדרך שבאו חבריכם, שואלין לו ובכמה באו, אומר להם בשלשה. ונמצא ורובם בארבעה. אינו נותן

לעומת זאת, הקבלן אינו כפוף בעבודתו ללוח זמנים מסויים שבו הוא מחוייב לעבוד, אלא רק מחוייב להשלים מלאכה מסויימת, והתשלום הוא עבור התוצאה שיצאה מעבודתו. ונ"מ, שמאחר והקבלן אינו משועבד לשעות עבודה מסויימות בדוקא, על כן אינו כעבד, ואין בו את ההלכה שנאמרה בשכיר, שיכול לחזור בו בחצי היום. ואם חזר בו ידו על התחנתנה.

התובע דרש תשלום פיצויים עקב פיטוריו. לעניין זה, הגדרת שכיר הזכאי לפיצוי, לעומת קבלן שאינו זכאי, אינה בהכרח ההגדרה ההלכתית, מאחר שהחיוב לתשלום הפיצויים מעיקרו, אינו מיוסד על הלכה, אלא נובע כתוצאה ממנהג המדינה, מנהג שהוא בר תוקף מחייב, על פי ההלכה. על כן לעניין זה יש לברר מהו מנהג המדינה בהגדרת שכיר לעומת קבלן. ועיין בפד"ר ח"ג עמ' 288 - 273 שדנו בשאלה זו. ועיי"ש בעמ' 274 שהביאו עדויות של של אנשי מקצוע. אחד מהם העיד - "בקביעת פיצויים לעובד יש לקחת בחשבון את העיקרון של המשכורת, היינו, קביעת משכורת לעובד חדשית או יומית מהווה גורם לקביעת יחס של עובד ומעביד, על אף שהעבודה היא חלקית ונותרו לו שעות לקבלת עבודה נוספת במוסד אחר. כמובן, גובה הפיצויים וימי החופש משתלמים לפי מדת העבודה והמשכורת החדשית".

והעד השני העיד - "שהמשכורת החדשית אינה קנה המידה לקביעת דינו של העובד כשכיר או כעצמאי. העקרון הוא לדעתו, אמצעי הייצור, היינו, אם אמצעי הייצור הם של המעביד דינו כשכיר. גם יחסו של משרד מס הכנסה לגבי העובד נודעה לו חשיבות רבה בקביעת הפיצויים, ובעקבותיו יש להסיק אם דינו כעובד או כעצמאי. העד מאשר כי מאחר שלא קיים חוק מסויים להענקת פיצויים, נמסר הדיון לשיקול דעתו של האגוד המקצועי. כן הגיד העד בתוך השאר, כי עובד הקשור לעבודה בשעות מסוימות מהווה גורם להתייחס אליו כאל עובד שכיר. אכן יש לקחת בחשבון את התעסקותו ביתר השעות של היום".

פסק הדין הנזכר ניתן לפני למעלה מארבעים שנה, ואם יתברר שחלו שינויים במנהג המדינה, בשאלת הגדרת "שכיר" לעומת "קבלן", המנהג הנוכחי קובע, אך לא ידוע על שינוי מהותי במנהג המדינה בעניין זה.

בשאלת חילוקי הטענות בין הצדדים בשאלת התעריף שישולם לתובע. האם סוכם על "שער השוק", או לא. בשאלה זו קיי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אך מוטלת על הנתבע חובה להשבע. ומאחר ולא נחתם חוזה בין הצדדים, ולא ניתן להוכיח מה היה הסיכום המוקדם בין הצדדים, על כן הממע"ה.

במסכת בבא מציעא דף קיב. - "אומן אומר שתיים קצצת לי, והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, המוציא מחבירו עליו הראיה. קציצה ודאי מידכר דכירי לה אינשי".

ובשו"ע חו"מ סי' פט סעיף ד' - "בעל הבית אומר שתיים קצצתי לך, והשכיר אומר שלשה קצצת לי, המוציא מחבירו

לשלם לשאר פועלים, ואם יש הפרש בתעריף, ישלם כפחות שבפועלים.

ניתן להגדיר את ההבדל בין שתי ההלכות, בהלכה הראשונה קבעו תעריף מדוייק, והוא התעריף שקבלו חבריהם, אלא שאינו תעריף ידוע. בעל הבית טען שהתעריף עומד על ד' והפועלים לא האמינוהו ותלו את שכרם בשכר חבריהם. לעומת זאת, בהלכה השנייה קבעו תעריף כללי, והוא "כמו ששאר פועלים נשכרים". אם נמצא שבעה"ב הטעה אותם, בטלה קציצה ונותן להם כפחות שבפועלים. היה על דברי הרמ"א וכתב שהרמ"א קיצר במקום היה עליו לבאר.

לדעת הט"ז אם בעל הבית הטעה את הפועלים וספר להם שאחרים קבלו תעריף מסויים, וקבע עמהם תעריף דומה, והפועלים הסכימו, יוכלו לקבל רק את התעריף שהוזכר על ידי בעה"ב בפירוש, גם אם יתברר שבעל הבית שקר להם בדבריו, כל עוד הפועלים לא אמרו בפירוש ששכרם יהיה כפי שמקובל בין שאר הפועלים. ולפי הט"ז קיים חילוק בין ההלכה הראשונה לשנייה היא שבראשונה הם הזכירו בפירוש שסומכים על שכירות חבריהם, משא"כ במקרה השני הם שתקו, ולא תלו את שכרם במה שיקבל פלוני.

הט"ז העלה תמיהה, מדוע במקרה השני בטלה הקציצה שקבע בעה"ב, ויקבלו כפחות שבפועלים. וז"ל הט"ז - "ק"ל, כי אמר לפועלים תעשו עמי מלאכה בד' כמו שנשכרים אחרים, והפועלים שותקין, מנלן דסמכו על שיעור שכירות אחרים, דלמא סבר וקבל בקציצה שזכר בעל הבית, ואמאי נתבטל השכירות מספק ונוציא ממון טפי מהקציצה. וראיה ממה שכתב המחבר בסעיף זה, אמר בעה"ב שכור לי בד' ואזל השליח ושכר לו בג' ואמרו לו כמו שאמר בעה"ב ... דכיון שאין לנו הוכחה שסמכו על דברי בעה"ב עצמו, אלא שאפשר שעיקר הסמיכות שלהם על דברי השליח, על כן לא נתבטל מה שדיבר השליח עמו, וה"נ מ"ש. והמעין בדברי ב"י שמביא דינים אלו בשם רבינו ירוחם לק"מ, דכתב דינים אלו דרך שאלה, דהיינו שהפועלים שאלו בפירוש בשעת קציצה כמה אתה נותן לשאר פועלים, משמע דעל זה דוקא סמכו".

מדברי הט"ז עולה שבמקרה בו בעה"ב אמר בד', קיימים שלשה חילוקים.

א. אמרו "כמו שעשו חברינו", - יקבלו כפי שקבלו חבריהם.

ב. אמרו "כמו שאתה נותן לשאר הפועלים", - יקבלו כפחות שבפועלים.

ג. בעה"ב אמר שאחרים מקבלים ד' ואשתכח שקרא, אך הפועלים לא חזרו לקשור ולתלות דבריהם באחרים, יקבלו רק ד'. ולפי המבואר לעיל, דברי המאירי העוסקים במקרה זה, הם סעד לסברת הט"ז.

להם אלא שלשה, אע"פ שאפשר שעל סמך אותם הדברים נשכרו לו בשלשה ... ובכולם אין להם זה על זה אלא תרעומת על ששקרו זה לזה. ואפשר שדעת תלמוד בבלי שבזו חייב, שהרי זה כמי שהתנה שיתן כדרך שנתן לחבריהם. ואף דעת תלמוד המערב יש בו כדי לתמוה. אלא שיראה לי שזה אינו אלא כדבר גיזום, כלומר אין הפועלים נשכרים אלא בכך, או שהם נשכרים בכך וכך, והוא כעין זרוזין. וכן הדבר אצלי במי שמוליך סחורה למכור ואומר כך וכך רצו ליתן לי, ונמצא שאינו כן, שאין כאן כלום, שכל כיוצא באלו אין דעת השומע סומכת עד שנאמר שעל דעת כן הוא יורד, אלא גומר הוא בדעתו על כך, ועושה אותן הדברים סעד ומבוא ליכנס. ומ"מ אם היו הדברים בתנאי גמור אין ספק שהולכין אחריו".

מבואר בדברי המאירי, שאם כהקדמה לקציצה נאמרו דברי גיזום, בהם בעה"ב סיפר מה גובה השכר שקבלו אחרים וכיוצא"ב, ולמעשה הטעה את הפועלים, ואחר כך קצצו ביניהם את שכר העבודה, "אין דעת השומע סומכת עד שנאמר שעל דעת כן הוא יורד, אלא גומר הוא בדעתו על כך, ועושה אותן הדברים סעד ומבוא ליכנס". משא"כ אם כן התנו בפירוש.

בט"ז בסי' שלב כתב כעין דברי המאירי (בלא שראה דבריו). אך בטרם נביא את דברי הט"ז נקדים את דברי הב"י והרמ"א בשו"ע.

בבית יוסף חו"מ סי' שלב כתב - "כתבו תלמידי הרשב"א, היכי דאמר להם בעל הבית בואו ועשו עמי בחמשה כדרך שבאו חברכם, ואמרו לו כמו שבאו הם ואשתכח דבעשרה יהיב להו עשרה דדעתיהו אעילווייא וזה ברור, עכ"ל".

ולפי זה מבואר, שדעת תלמידי הרשב"א דלא נקטינן כירושלמי, ובעה"ב מחוייב לשלם כמו שקבלו חבריהם. וכן פסק הרמ"א סי' שלב ס"ד. אלא שהרמ"א כתב שתי הלכות המתניחות למקרה בו הפועל הוטעה על ידי בעל הבית - בהלכה ראשונה פסק את דינם של תלמידי הרשב"א - "בעל הבית שאמר לפועלים עשו עמי מלאכה בארבעה כמו שעשו חבריכם, ואמרו כמו שעשו חברינו, ואשתכח דיהיב להו יותר, צריך ליתן לאלו כמו לחבריהם (ב"י בשם תלמידי רשב"א)".

והלכה השנייה כתב - "בעל הבית שהטעה פועלים ואמר להם עשו עמי בארבעה כמו ששאר פועלים נשכרים, ונמצאו שנשכרים ביותר, או שהפועלים הטעו בעל הבית בכי האי גוונא, הוי כאילו לא שכרו זה את זה כלל, ונותן להם כפחות שבפועלים (רבינו ירוחם בשם הרשב"א)".

ועיין בסמ"ע המבאר את החילוק בין רישא לסיפא. ברישא הפועלים חזרו ואמרו "כמו שעשו חברינו", ובכך הוכיחו שאינם מאמינים לבעה"ב במה שאמר להם שחבריהם קבלו ד' בלבד, ודעתם היתה שאם חבריהם קבלו יותר שגם הם יקבלו יותר. ובסיפא תלו עצמם במה שמקובל

וסבר וקביל ונתן להם מלאכתו לעשות, והיה לו לבע"ה לומר, איני נותן לכם כמו שנתתי לחביריכם, אלא דש"מ דסבר וקביל ואולינן בתר לשון אחרון".

אך במקרה שלפנינו, נראה שגם לפי דרך זו של הנתביעות ושורת פעולת שכיר, הרי שאליבא דטענת התובע, הנתבעים בשום שלב של המו"מ לא התרצו לעמדתו, אלא ניסו להטעותו.

כאמור, כל האמור בדברינו, נכתב רק אליבא דטענת התובע, מתוך הנחה שאף אם עמדתו היתה מתקבלת, לא היה מקום לחייב יותר ממה שקבל. אך למעשה הנתבעים הכחישו את הטענה שדובר על תעריף התואם את שער השוק, וטענו כי בתרגומי מאמרי חב"ד וכדומה, אין כלל מושג כזה, הנקרא "שער השוק". ודברינו נכתבו רק לברר האם מוטל עליהם להשבע כפי שנפסק בשו"ע במקרה בו נחלקו הטענות בשאלת גובה הקציצה. ולפי האמור אין צורך להטיל עליהם שבועה.

וכל האמור יכול להתייחס רק לפרק זמן הראשון של העבודה, אבל לאחר שכבר קבל תשלום מסויים, ולמרות זאת, המשיך לעבוד, הרי ודאי שלא יוכל לטעון שהסיכום מתייחס לשער השוק, ולא לסכום שקבל למעשה. שהרי בודאי דעתו היתה להמשיך לעבוד על דעת כן שהתשלום יהיה בשיעור שבפועל משולם לו, ואין מקום לטענה כי לא הסכים לקציצה זו, בו בעת שלמעשה מקבל כן, אלא שרק יכול להעלות טענה שבדרכי מרמה הביאודו להסכים לתעריף כזה. בית הדין אינו יכול לאשר טענה זו, כל עוד לא הוכחה בפנינו, והתובע אינו רשאי להשמיץ את הנתבעים ולגרום להם נזקים. אך מאידך אין מקום לתשלום בתביעה הנגדית בטרם הוכח נזק ממשי שנעשה על ידי התובע.

התביעה לתשלום שכרו עד לסיום השנה, ועל שלשה מאמרים נוספים

התובע טען שהנתבעים התחייבו להעסיקו למשך שנה ומבקש שכר עבור שנה, למרות שעבודתו הופסקה לאחר שבעה חדשים. אך לאחר חקירה נוספת התובע הבהיר שהדברים לא נאמרו בלשון התחייבות אלא שכתשובה לשאלתו, השיב ג. שיוכל להעסיקו שנה.

הנתבעים הכחישו טענה זו, ולדבריהם, אין הם נוהגים לסכם מראש שיתנו עבודה לשנה, ולאף אחד מהעובדים לא הובטח מראש להעסיקו למשך שנה. מה עוד שהתקציב המתקבל אצלם מהתורם אינו למשך שנה אלא לשלשה חדשים, ללא התחייבות לתקופה נוספת, על כן לא היה ניתן להתחייב לשנת עבודה.

יתכן שהמציאות היתה, שנאמרו דברים במו"מ הקודם לתחילת העבודה, בהם נאמר לתובע כי צפוי שיעסיקו אותו למשך שנה, אך הנתבעים לא ראו בדברים אלו משום הבטחה או התחייבות ברת תוקף שתוכל לחייב אותם, אלא כדברים שנאמרו בשיחה שאינה מחייבת. בכל מקרה,

לפי זה, התובע טען - "הוא אמר לי שהמתחרה שלי הסכים לארבעים שקל לשעה, ואז הסכמנו לחמשים, ואמרתי שאם זה שער השוק אסכים, ואם לא, לא אסכים".

מדברי התובע בדיון בבית הדין, ובסיכומיו שהוגשו בכתב, עולה שהוא הסכים לתעריף שנקבע על ידי המכון, אך הוטעה לחשוב שהמחיר שנקבע עמו הוא אמנם מחיר השוק, אלא שהודיע לפלוני שאם יתברר שמחיר השוק גבוה יותר יתבע תעריף גבוה בהתאם למחיר השוק.

עכ"פ נראה מדבריו שנכנס לחילוק השלישי הנ"ל, ולא לחילוקים הקודמים, דהיינו שלא היה סיכום סופי שבכל מקרה התשלום המיידית יהיה תשלום אחר ממה שנקבע בפירוש, אלא כפי שיתברר שפלוני קבל או תעריף השוק, אלא שאם יתברר תעריף אחר כמחיר השוק, יחזור ויפתח מחדש את המו"מ ביניהם.

כל האמור לעיל הוא על פי דרכו של הרמ"א, ובתוספת דברי הט"ז. אך נציין שהש"ך ס"ק טו הקשה על דינו הראשון של הרמ"א, וכתב - "דין זה צל"ע, דנהי דהם אמרו כמו שעשו חבירינו ואשתכח דיהיב להו יותר, מ"מ הרי הבעל הבית אמר בפירוש עשו עמי מלאכה בדי, א"כ לא נתרצה להם ביותר מד'. ונהי דהיתה כוונתו להטעותם ובטלה מחשבתו בזה, מ"מ יכול לומר לא נתרציתי ליתן כמו לחבריהם, שהרי לא אמרתי רק ד', וא"כ נראה דה"ל כאלו לא שכרו זא"ז כלל, ונותן להם כפחות שבפועלים".

דהיינו לדעת הש"ך, מעולם לא ניתן לקבוע את התשלום על פי כוונת הפועל בעת המו"מ על בעה"ב, אם לא הוברר שגם בעה"ב הסכים. שהרי שרש החיוב לתשלום לפועל נובע מהתחייבות בעה"ב, וכיצד ניתן לחייבו, כפי שסבר הפועל, אם הוא לא התחייב כפי שסבר הפועל, וכוונתו היתה לתעריף נמוך. אלא שבמקרה כזה, עקב אי ההתאמה בין כוונת בעה"ב לכוונת הפועל, בטלה קציצה ויקבל כפחות שבפועלים.

לפי דרכו של הש"ך, מאחר וגם התובע טוען שהנתבעים לא התכוונו להתחייב יותר ממה ששילמו, אלא שרצונם היה להטעותו, הרי שגם אם היתה כוונתו לעבוד רק בתנאי שהתשלום יהא כשער השוק, בטלה קציצה ויקבל כפחות שבפועלים.

וע"ע בנתיבות המשפט סק"ג משי"כ על דברי הש"ך, ויסוד דבריו הם שבעל הבית שנתן להם את העבודה לאחר שאמרו כמו שעשו חבירינו, למעשה הוכיח שהתרצה למה שהם אמרו, עיי"ש.

וכן בשו"ת פעולת צדיק ח"ב סי' קסו כתב על דברי הש"ך - "וצ"ע מאי שנא מההיא דסי' רכ"א מוכר אומר במאתיים ולוקח אומר במנה, והלך כל אחד לדרכו, וחזר לוקח ותבעו בסתם נותן מאתיים. ואע"ג דהתם הלך כל אחד לדרכו, היינו טעמא דכיון דחזר הלוקח ותבע החפץ ממוכר אמרינן דנתרצה לו ... ה"נ בדין זה לא נתרצו לו רק כמו שעשו חביריהם. ודמי למוכר אומר במאתיים ולוקח אומר במנה,

הבית חזר בו, בעה"ב חייב לשלם את נזקי הקבלן מדינא דגרמי. ועיין בסמ"ע סי' שלג סק"ל, ששכר העבודה שסוכם מראש, נכלל בנזק המוטל על בעל הבית. עיי"ש במש"כ - "כפי הפיסוק שפסק עליו בעל הבית מתחילה".

נ"מ מדברינו, ביחס לשלשת המאמרים העומדים לדיון והתובע מבקש לקבל שכר עבורם, ולטענתו עבד עליהם בהתאם לסיכום מוקדם אך לא קבל שכר.

התקיימו שני דיונים והצדדים נשאר בעמדותיהם השונות ביחס לשלשת המאמרים. התובע טוען כי נכתבו בעקבות הוראה מטעם ג., והלה טוען שנכתבו על דעת עצמו של התובע בלא שהומינם, אלא שלאחר שנכתבו שקל אם להכניסם, והחליט שלא להכניסם לאתר.

בנקודה זו שאין לאף אחד מהצדדים ראייה ולא ניתן לברר עניין זה בראיות, מצד הדין הממעי"ה והנתבע מחוייב שבועה, אך כפשרה הנקבעת על מנת להמנע משבועה יש להטיל על הנתבעים לשלם מחצית מהסכום. הפשרה שקבענו אינה שליש כמקובל, אלא חצי, ונוטה לטובת התובע מפני הנסיבות במקרה זה של תובע בודד מול גוף שהינו חזק יותר, ומצינו קרוב לזה ביחיד מול ציבור, יעייין חת"ס י"ד סוף סי' רלט.

אך ביחס למאמר השלישי (מאמר אדמו"ר הזקן) אין לחייב מאחר וגם לדברי התובע הוא עבד על תירגום מאמר זה ללא הוראה מוקדמת מטעם הנתבעים, אלא לטענתו הבין שעליו להמשיך לתרגם מאחר ולא נאמר לו שלא להמשיך, ובנסיבות אלו, גם לדבריי, הנתבעים אינם מחוייבים בתשלום.

והנה בפועל שהחל לעבוד פסק הטור סי' שלג - "במה דברים אמורים כשלא התחילו במלאכה, הילכך יכול הבעה"ב לחזור בו כל זמן שאינו גורם להם הפסד, אבל אם התחילו במלאכה אין בעה"ב יכול לחזור, ואם חוזר נותן להם שכרם כפועל בטל". וכן פסק בשו"ע סי' שלג ס"ב "ואם הלכו ... נותן להם שכרם כפועל בטל". לכאורה, היה מקום ללמוד מדברי תשובת הרא"ש והשו"ע סעיף ח', שהתחלת מלאכה היא כקנין רק בפועל שכיר, ולא בקבלן, ואין חילוק בין דין האומן המוזכר ברא"ש ובשו"ע לדינו של הקבלן. ולפי זה בעל הבית שסיכם עם קבלן שיעשה עבורו עבודה מסויימת תמורת שכר שסוכם מראש, ולאחר שהקבלן החל בעבודתו בעל הבית חזר בו, בעה"ב לא יחוייב במלוא שכרו עבור כל התקופה שסוכמה, אלא רק ישערו את הנזק שנגרם לקבלן, וכדין האומן שבתשובות הרא"ש.

אך בנתיבות המשפט סי' שלג ס"ק טו כתב בביאור דינו של תשובת הרא"ש והשו"ע סעיף ח', וז"ל - "הכא מיירי שלא אמר לו שיעשה בתורת שכירות, רק שאמר לו שאחר שיעשהו לעצמו יקנהו ממנו בתורת קנין לפי שוויו, דאז לא נעשה שלוחו להתחייב תיכף, רק בדבר האבוד חייב מטעם גרמי". וכן בחזו"א ב"ק סי' כג ס"ק לה כתב בביאור הלכה זו - "צ"ל דכשאמר לו ואני אקחנו ממך, אין דעתו להתחייב מדין שוכר פועל, אלא הבטחה שיקח".

הנתבעים שללו מכל וכל את טענת התובע, עכ"פ להלן נדון, אליבא דטענת התובע, שדובר מראש כסיכום ברור, להעסקתו למשך שנה, האם סיכום כזה מחייב.

הרא"ש בתשובה כלל קד סי' ו' - "ילמדנו רבינו. ראובן הלך לאומן, ואמר לו עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר, והוא עשה אותו דבר, ולמחר הלך לו ואמר לו טול הפעולה שאמרת לי לעשות, שאם לא תטלנו, תפסד, וראובן אמר לו כבר לקחתיה מאחר. תשובה. על מעשה האומן, חייב המצוה לפרוע לאומן כל הפסדו, משום דינא דגרמי. מידי דהוה אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה, פועלים ומצאו שדה לחה, נותן להם שכרם משלם (ב"מ עו:), שעל ידו הפסידו מלאכת היום; והכא נמי, ע"פ דבורו הפסיד. נאם אשר בן הר"ר יחיאל זצ"ל".

ובשו"ע חו"מ סי' שלג סעיף ח' הביא להלכה את דינו של הרא"ש, - "אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב".

בלשון הרא"ש מבואר שהחויב תשלום יסודו בדינא דגרמי. ולפי זה היינו דוקא ביחס למלאכות שכבר נעשו על ידי האומן, שאם ראובן לא יטול מהאומן, נגרם נזק ישיר לאומן. אבל אם בטרם עשה מלאכתו, ראובן הודיעו שחוזר בו ומבקש שלא יעשה, ליכא לדינא דגרמי, אף אם אין אחר המזמין מלאכה ממנו.

והנה בגוף דברי הרא"ש כתב רבי עקיבא איגר בתשובה ח"א סי' קלד - "לכאורה היה נראה דתליא במחלוקות הרמב"ם והראב"ד (פ"ו הכ"ד מהל' זכיה) דבחזרה היא, ס"ל להרמב"ם דצריכים לשלם לו מה שהוציא לשמשים ולחזונים מדין גרמי, והראב"ד בהשגות חולק דאינה צריכה לשלם לו ההוצאות, א"כ לכאורה דינא דהרא"ש ז"ל הוא לשיטת הרמב"ם והוי ספיקא דדינא.

אמנם באמת יפה הקשה הראב"ד מזרעוני גינה ותירץ הה"מ לחלק דבורעונים הוציא כדי להרוויח, אבל בחזרה לא היה הוצאות להשתכר אלא להתנהג כמנהג המדינה, אם כן לכאורה יקשה ההיא דהרא"ש דגם להרמב"ם יהי' בזה פטור, דהא באומן עשה כדי להרוויח ויקשה להרא"ש קושיית הראב"ד מזרעונים, ולזה נראה לי דוקא בזרעונים, וכן בחזרה היא דלא אמרה לו להוציא לשמשים וכדומה, רק דממילא כן הוא, וכן בזרעונים לא אמר המוכר שיוציא ויזרע, ובוה ס"ל להראב"ד דא"צ להחזיר ההוצאה והרמב"ם סבירא ליה דבלא עשה ההוצאה להשתכר חייב לשלם. אבל בהרא"ש ... דאמר להאומן שיעשה כלי, ... ועל פיו עשה כן, חייב לשלם הוצאותיו, וזהו לכ"ע, ואם כן אם בנדון דידן היה כזה שאמר לו הבא הפירות לכאן ואקנה ממך צריך לשלם לו ההוצאות", עכ"ל הגרע"א ז"ל בתשובה.

העולה מדברינו, - אומן שהתבקש לעשות מלאכה, אם בטרם עשה מלאכתו, חזר בו בעה"ב והודיעו שלא יעשה, אין מקום לתביעת ממון. אך אם לאחר שעשה מלאכתו, בעל

נקנה באכילת פירות בתורת קנין חזקה, והראב"ד וש"פ חולקים, וס"ל דדוקא הציע מצעות דגופו נהנה מקרקע זהו חזקה אבל לא כשנהנה מאכילת פירות. והובא פלוגתא זו בסי' קצ"ב וסי' קצ"ו גבי עבד שעשה לרבו מלאכה שאינו בשימוש גופו, כגון שתפר לו בגד וכיוצא, דלשיטת הרמב"ם קנה העבד בתורת קנין חזקה ולהחולקים עליו לא קנהו. א"כ לדעת הרמב"ם בודאי נחא הא דהתחלת המלאכה חשוב קנין בפועל, דהא פועל הנשכר לזמן דינו כמו עבד וקרקע שנקנה בחזקה, כמבואר בסי' רכ"ז סעיף לג בשם הרמב"ם דהשוכר הפועל לעשות עמו אין לו אונאה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם אונאה. וזה אינו אלא בפועל, אבל קבלן דבידו לעשות ולגמור המלאכה אימת שירצה, אין לו דין עבד, כמ"ש המחבר שם סעיף לו דיש לו אונאה. ועל כן פועל שפיר נקנה בהתחלת המלאכה בתורת קנין חזקה כמו עבד דנקנה בחזקה... ואף להסוברים דעבד וקרקע אינן נקנין באכילת פירות, מ"מ הא זה אינו רק בקניות קרקע, אבל שכירות קרקע כיון דעיקרו אינו רק זכייה בפירות ולשימוש, בזה קנהו, וכדרך תשמישו כן הוא דרך זכייתו ... א"כ ה"ה בפועל דאין רצונו רק לקנותו בתורת שכירות, וכמו כל זכות פירות בלבד ... אבל קבלן דדינו כמו מטלטלין כנ"ל לענין אונאה, וה"ה לענין קנין חזקה דלא נקנה בחזקה כמו מטלטלין. וע"כ אתי שפיר שיטת הסוברים ופשטות לשון המחבר בסי' של"ג דס"ל דקבלן שהתחיל לקצור ונתייקרו הפועלים וחזר בו דאין שוכר עליו פועלים אחרים רק מה שתפוס ביד בעה"ב, משום אומדנא דהקנהו למה שבידו כמ"ש הסמ"ע שם ס"ק כה. אבל לא נחתין לנכסי הפועל ממה שאינו תפוס בידו, משום דלא קנהו להקבלן על ידי תחילת המלאכה, דדינו כמטלטלי לקנין חזקה, ואתי שפיר בלא שום דוחק דשפיר יש לחלק בין פועל לקבלן בזה.

ושיטת הריב"ש ... דס"ל דקבלן נמי נקנה בהתחלת מלאכה, וכן שיטת ש"פ דהובא במחנ"א שם ס"ל כן, י"ל דטעמם דס"ל כשיטת הראשונים דהובא בב"י סי' רכ"ז דפליגי על הרמב"ם וס"ל דקבלן נמי אין לו אונאה, דדינו ג"כ כמו קרקע, וטעמם י"ל דס"ל כשיטת רש"י דבן חורין איתקש לקרקע ... ועיין מזה בתרומת הדשן סי' שי"ח דמשמע במה דפועל דמי לעבד לפי דגופו קנוי כמו עבד עברי, משא"כ קבלן, על כן יש לו אונאה. ולכן לדינא, להכרעת המחבר בסי' רכ"ז דקבלן יש לו אונאה דדינו כמטלטלי, על כן הדין דקבלן אף בהתחיל במלאכתו חוזר בו, רק שידו על התחלתה.

וכן בספר חקרי לב חחו"מ על סי' שלג, בסי' עז האריך והעלה שדעת כמה ראשונים שבעה"ב החוזר בו ישלם לקבלן רק מה שעשה. ועיי"ש שהביא מספר משפט צדק ח"ב סי' עז הטעם לחלק בין שכיר לקבלן - "דבקבלן כי קבל מלאכה בסתם, לאו לעשותה מיד כי אם בשעה שירצו, וא"כ כי חזר בעה"ב אין בזה נזק ברור ועל כן גובה מה שעשה לבד, אבל בשכיר היו נזק ניכר".

אך מצינו שנחלקו ראשונים ואחרונים בשאלה זו, האם גם קבלן דינו כפועל, והתחלת המלאכה תחשב כקנין, לענין שאם בעל הבית חזר בו באמצע מלאכתו, יחוייב בשכרו כפועל בטל.

הריב"ש סי' תעו כתב שגם בקבלן התחלת העבודה היא הקנין, וז"ל - "אין חלוק בין שכירות פועל ליום אחד, או שכיר שבת, או שכיר חדש, או שכיר שנה, או שהוא קבלן, שקבל קמה לקצור, או כרם לבצור, שבכל אלה, אין צריך קנין. אלא התחלת המלאכה, היא הקנין. אלא שהפועל יכול לחזור בו לעולם, אפילו התחיל במלאכה, ואפילו בקנין. משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים. ובעל הבית, אין יכול לחזור בו. וגם הפועל, אם הוא דבר האבד, אין יכול לחזור." (דברי הריב"ש הובאו בש"ך סי' שלג ס"ק יד לענין דין פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, שהדין כן אפילו נעשה קנין עמו, ואין הכרח שמתוך שהש"ך ציטט במלואם את דברי הריב"ש יהא ניתן להוכיח שהש"ך הכריע כריב"ש גם לענין שאין חילוק בין קבלן לפועל, מאחר והש"ך שם אינו עוסק כלל בהלכה זו).

ובספר מנחת פיתים סי' שלג ס"א כתב - "בהתחיל כבר הקבלן במלאכה ובעה"ב חוזר בו, דמבואר לקמן ס"ד בהג"ה דיד בעה"ב על התחנתה ... ואם אי אפשר לו כעת להשכיר עצמו למלאכה אחרת מחוייב בעה"ב לשלם לו שכרו כפועל בטל, בזה אע"ג דלא מצא להשכיר עצמו אתמול, ובפרט בקבלן דל"ש כלל הסברא הנ"ל, אפ"ה מחוייב לשלם לו, דהתחלת מלאכה עושה קנין לענין זה. וכן משמע בשטמ"ק ר"פ השוכר בשם הר"ן. מיהו במוצא עתה להשכיר את עצמו אינו מחוייב לשלם לו, כן מבואר בשטמ"ק שם דלא כנתיבות המשפט לקמן סק"ז".

אך בספר מחנה אפרים הלכות שכירות פועלים סי' ד' כתב - "והייתי סבור לומר דמה שאמרו הרמב"ן והרשב"א דהתחלת מלאכה בפועלים עביד קנין, היינו דוקא בפועל, דכי טרח להנאת בעל הבית קא טרח, שליחותיה דבעל הבית קעביד וידו כידו, מאי דמצי למיהדר הוי מגזירת הכתוב. אבל גבי קבלן דכי טרח בדידיה קא טרח ולדעתיה קא עביד, אין התחלת מלאכה עביד קנין, אלא שקנסו אותו שיהא ידו על התחנתה ... וסעד לזה מצאתי בהגהת האשרי שכתב דהא דקבלן חוזר בו אלא שידו על התחנתה, היינו משום דלא נגמר קנין השכירות, דהתחלת מלאכה לא עביד קנין. אבל אם נגמר קנין השכירות במשיכה או בקנין סודר, שוב אינו יכול לחזור, וכן כתב הנמוקי יוסף בשמעתין יעו"ש". עכ"ל, ובהמשך דבריו המחנ"א הביא מדברי הריב"ש, הנזכרים.

ובספר נחל יצחק סי' לט סעיף יז הביא מדברי המחנ"א, וכתב - "ובאמת פשטות הטור שו"ע משמע דבקבלן לא הוי התחלת מלאכה קנין, וצריך ביאור מאיזה טעם ישתנה דין פועל מקבלן בזה ... והנ"ל בזה די"ל דהתחלת המלאכה חשוב לקנין בפועלים, דזהו משום קנין חזקה. דידוע שיטת הרמב"ם פ"א מהלכות מכירה ופ"ח מהלכות מכירה דקרקע

ובמאירי בריש פרק חמישי במסכת ע"ז (סב.) כתב - "ופירשו בגמ' דוקא בששכר האיסור לעצמו, כגון שאמר לו העבר לי מאה חביות חבית חבית בפרוטה שנמצא שכר כל חבית לעצמו, והוא מעביר לו כמה שירצה ומניח את השאר. אבל אם הותנה השכר בכלל אחד, כגון שאמר לו העבר לי מאה חביות במאה פרוטות, והיתה זו של יין ביניהם, הרי זה כמי שקבל מלאכה שאפשר לגוי לעכב כל השכר עד שישלים כל מלאכתו, ונמצאת זו של יין נסך מעכבת את הכל, ולפיכך אסור".

וכן במחנה אפרים הלכות שכירות פועלים סי' ה' הביא את דברי הגמ' בע"ז ומש"כ שם רש"י - "כגון דאמר ליה העבר ק' חביות בק' פרוטות דכל כמה דלא אעבריהו לכולהו לא יהיב ליה מידי, הלכך כולי אגרא שייך ביה". והעלה המחנ"א דמוכח מזה שקבלן אינו יכול לחזור בו באמצע מלאכתו, ואם חוזר בו מפסיד כל שכרו, דאל"ה לא היה מקום לומר שמכח אותה פרוטה של אסור זכה בכל שכרו. ולמעשה כן מבואר במאירי שהבאנו.

ולפי זה נראה ברור שגם דין חזרת בעל הבית נקבעת בהתאם לאותם גדרים. דהיינו, אם היתה קציצה נפרדת על כל חבית, ומשום כך הקבלן רשאי להפסיק מלאכתו באמצע ולקבל שכר עבודתו, וממילא גם בעל הבית רשאי בכך. אבל אם היתה קציצה אחת על מאה חביות, הרי שכמו שהקבלן אינו רשאי שלא להשלים מלאכתו, ואם ימנע מכך, יוכל בעה"ב לעכב שכרו, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ה"ה שבעל הבית אינו רשאי לחזור בו, אליבא דהשיטות הסוברות כן.

אבל ביחס למלאכה שהתשלום עבורה הוא בנפרד, וממילא תחשב כמלאכה אחרת, יוכל בעה"ב לחזור בו בטרם החל הקבלן בעבודתו. ולעניין אותה מלאכה לא יחשב כאילו החל במלאכה, שדינו כעשה קניין על אותה מלאכה. שהרי זו מלאכה נפרדת.

מאחר שבנידון דידן התובע קבל שכרו לאחר סיום תרגום מאמר או מאמרים המתייחסים לפרק זמן מסויים, השכירות השתלמה לסוף המלאכה. על כן מכאן ואילך זהו פרק שכירות חדש, ותחילת מלאכה של שכירות קודמת אינה קנין לשכירות שלאחריה.

אמנם בפועל שכיר, הכל תלוי בפרק הזמן שסוכם מראש לעבודתו, עיין ברמ"א סי' שלג סוף סעיף ב' שאם מלמד השכיר עצמו לשנתיים, התחלת שנה ראשונה היא התחלה עבור השנתיים, אך היינו דוקא בשכיר, כמו מלמד, שהפסיקה היא על עבודה לפרק זמן, ולא על תוצרת מסוימת. אבל בקבלן שהסיכום מתייחס לתוצר מסויים המוטל על הקבלן, כל מלאכה העומדת בפני עצמה, שקצו עליה בנפרד, תחשב כמלאכה לעצמה, וכפי העולה מהסוגיא במסכת ע"ז וכמו שהתבאר. דהיינו בפועל שכיר, הקציצה מתייחסת רק לשעבוד גופו של הפועל, על כן התחלת עבודתו, שהיא מילוי חובתו, נחשבת התחלת מלאכת כל

במסקנתו כתב החקרי לב - "הכלל העולה לענין דינא דג' מחלוקות בדבר, הסברא ראשונה הוא בקבלן שהתחיל במלאכה ... אין הקבלן מפסיד משכרו כלום, דאם מוצא להשתכר בפחות, משלים בעל הבית הפחת, ואם אינו מוצא להשתכר גובה שכרו שלם כפועל בטל. השניה דבקבלן אם חזר בעל הבית אף לאחר שהתחיל, בין שמוצא להשתכר או אינו מוצא, אינו גובה אלא מה שעשה ... ואם כן אם בעל הבית תפוס בשכר אינו נותן כי אם כמה שעשו ... ואם הקבלן תפוס בשכר גובה שכר שלם כסברא הראשונה דהמוציא מחבירו עליו הראיה דבכל ספק דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי כידוע ודוק, כך נראה לי להלכה".

מסקנת הדברים, מצינו חילוקי דעות בראשונים ובאחרונים בשאלה זו האם דינו של קבלן כדין פועל, שלאחר שהתחיל במלאכתו, ובעל הבית חוזר בו, מחוייב בשכרו כפועל בטל, למרות שלמעשה לא השלים מלאכתו עקב חזרת בעל הבית. ולדעת הנחל יצחק נקטינן לדינא שחלוק דינו של קבלן מדין פועל, וכן היא הכרעת השו"ע. וכן למסקנת החקרי לב אין מוציאין מהמוחזק.

וגם לשיטת הסוברים שאם הקבלן התחיל במלאכתו נחשב כקנין, ובעה"ב החוזר בו מחוייב בשכרו על כל המלאכה, כפועל בטל. נראה שאף אם אכן סוכם מראש שבעה"ב יעסיקו למשך שנה, עכ"פ אם קצו בנפרד עבור כל מאמר, והתשלום נעשה בדרך זו, שלאחר סיום התרגום של כל מאמר שולם שכרו בהתאם להיקף העבודה שהושקעה במאמר, הרי שכל מאמר עומד בפני עצמו, ואמנם אם באמצע עבודת התובע על מאמר מסויים, הנתבעים חזרו בהם, הרי המלאכה שעבורה יחוייבו, היא מאמר שלם, גם אם לא הושלם עקב חזרתם, ובשיעור של פועל בטל. אך ודאי שלא יחוייבו בתשלום המאמרים המתוכננים לכל השנה, וכפי שיבואר להלן מקור דין זה.

במסכת עבודה זרה דף סה. - "השוכר את הפועל, ואמר לו העבר לי מאה חביות במאה פרוטות, ונמצאת חבית של יין נסך ביניהן שכרו אסור, חבית חבית בפרוטה, ונמצאת חבית של יין נסך ביניהן, שכרו מותר".

וכתב בחי' הריטב"א - "הא דאמר ליה העבר לי מאה חביות במאה פרוטות, פירוש לפי שהכל שכירות אחד, והילכך אסור לפי ששכר אותה חבית פתוך הוא בכל השכירות. דהא אילו לא בעי לעבורי ליה ההיא חביתא מעכב ליה והוה ליה כאילו כל המאה פרוטות שכר אותה חבית".

וכן בחי' הרמב"ן שם - "והאי לא מצי להוליך שכר אחת מהן לים המלח ואידך תשתרי ליה דכוליה שכר אכל חדא וחדא יהיב ליה, דהא אילו בעי למשבק חדא לא מצי למימר נכי לי, ואי דבר האבד הוא שוכר עליהן או מטען בכדי כוליה שכר, אלמא כוליה שכר אכל חדא רמי, ועוד דאלו אודעיה מעיקרא דילמא לא מוגר ליה כלל, הילכך כוליה אגר יין נסך הוא ואסור".

נראה לחלק בין שכיר, דאיירי בו הרמ"א, לקבלן, וכסברא שכתבנו לעיל.

טענת אונאה

התובע טען כי העבודה שעשה שוה סכום גבוה, והיה זכאי לתעריף של "שער השוק". ולמעשה קיימת כאן תביעה לתוספת תשלום מפני שלטענתו הנתבעים אונאו אותו. ואף שמכח הלכות שכירות פועלים לא ניתן לחייב עכ"פ יש לדון האם ניתן לחייב מכח טענת אונאה.

ביחס לטענה זו יש להקדים שהנתבעים טענו שאין מחיר שוק וכל אדם מקבל בהתאם לרמתו המקצועית, אלא שהתובע טוען שרמתו היא רמה גבוהה וציינן שבחיים שקבל על עבודתו. יש לדון, את"ל שטענתו תתקבל מצד הבחינה העובדתית, ואכן יוכח כטענתו, שעבודתו היתה תרגום מדוייק וברמה גבוהה, האם יש מקום לטענת אונאה.

ראשית, יש לדון האם קיימת טענת אונאה בקבלן, לעיל הזכרה שאלה זו בתוך דברי הנחל יצחק, אך כעת נביא את עיקרי הדברים בהלכה זו.

הרמב"ם בהלכות מכירה פרק יג הלכה טו פסק - "השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה".

ובהלכה יח פסק הרמב"ם - "נראה לי שהקבלן יש לו הונאה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים, או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי זה יש לו הונייה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר".

השו"ע חו"מ סי' רכז סל"ג וסל"ו פסק כדעת הרמב"ם. אך כמה ראשונים סברו שאין לחלק בזה בין קבלן לפועל ובשניהם אין בהם אונאה.

הגרע"א בגליון שו"ע (שם, סל"ו) ציין לדברי הרמב"ן והרשב"א החולקים על הרמב"ם.

בחי' הרמב"ן עמ"ס ב"מ דף נו: כתב - "ובשכירות ישראל, כגון ששכר פועלים, יש אומרים שאין בהם אונאה דלאו ממכר הוא, וכן בקבלנות". וכן בחי' הרשב"א (שם).

וכן בחי' הריטב"א עמ"ס ב"מ כתב - "שכירות מטלטלין יש לה אונאה, דמכירה ליומיה היא, ואלו בקבלת מלאכה ושכירות פועל, פשיטא שאין בו אונאה. דממכר אמר רחמנא, והכא ליכא מכירה כלל. ויש סעד לדבר מהא דאמרינן בפרק הגזול טול דינר והעבירני פטור דיכול לומר משטה אני בך, הא לאו הכי חייב, ולא הוי אונאה".

לעומת זאת המאירי (שם) הביא רק את דעת הרמב"ם. ומהרשד"ם חלק חו"מ סי' שלה כתב - "אע"ג שהרמב"ן והרשב"א חולקים, וס"ל דקבלן הרי הוא כשכיר דאין להם אונאה, מ"מ הטור ז"ל שהוא אחרון כתב דברי הרמב"ם ולא הביא שום חולק, וכן ר"י בעל תרומת הדשן הביא סברת הרמב"ם סי' שי"ח ונראה שכן דעתו לחלק בין קבלן לשכיר, א"כ אם האומן מוחזק, יכול לומר קי"ל".

השיעבוד שהתחייב כלפי בעל הבית, משא"כ בקבלן הקציעה מתייחסת לתוצרת היוצאת ממלאכתו, ועל כן כל קציעה עומדת לעצמה, וכפי העולה מהסוגיא בע"ז.

וע"ע בשו"ת בית שלמה חו"מ סי' קטו (דף עו ע"ד) שהביא מדברי המחנה אפרים הלכות שכירות סי' יב שהמשכיר בית לשלש שנים וקצץ מחיר לתשלום עבור כל שנה בנפרד, כל שנה נחשבת כשריות נפרדת ורשאי לתבוע שכרו על כל שנה, והשוכר אינו יכול לומר ששכירות משתלמת רק לבסוף שלשת השנים, וכתב הבית שלמה, שה"ה דמהאי טעמא יוכל המשכיר לחזור בו לאחר שנה, וכתב שהדין כך גם בשכירות פועלים, כל יום יחשב כשכירות בפני עצמה לענין חזרה, והוכיח כן מדברי הרשב"ם בב"ב דף פו..

ובספר מנחת פיתים חו"מ סי' שטו הסכים עם הבית שלמה לענין שכירות פועלים וחלק עליו לענין שכירות בתים, וכתב - "בפועל נשכר רק לימים ואינו עובד בלילה, ומפסיקין הלילות בין יום ליום, ולכך התחלת מלאכה ביום זה אינו מועיל לחבירו. משא"כ בהחזיק בחנות ששכרו על ג' שנים רצופות. ומה"ט אני נבוך דגם בשוכר פועל לכמה ימים וקצב סכום ביחד לכל הימים והתחיל במלאכה, דג"כ יכול לחזור בו ביום שלאחריו כיון דהלילה מפסיק. והא דמשמע ברשב"ם שם דאם נימא תפוס לשון ראשון אינו יכול לחזור בו, ומכ"ש כשאין כאן לשון כלל רק קצב על כל הימים ביחד, דיש לומר דמטעמא אחרינא אינו יכול לחזור בו, דכיון דשכירות כל הימים היה ביחד, אם חוזר בו באמצע השכירות אינו משלם לו שכירות כלל, וכדמוכח בע"ז סי' דבאמר לו העבר לי מאה חביות בפרוטה, דכל כמה דלא אעבריהנהו לכולהו לא יהיב ליה מידי יעו"ש. ושם בקבלנות מיירי דאינו יכול לחזור בו, וה"ה בפועל כשרוצה לחזור בו מחמת יוקר הדין כן".

הרי שהן הבית שלמה והן המנחת פיתים נקטו בפשיטות שהתחלת מלאכת הפועל מועילה רק למלאכת אותו היום, וצ"ע מדברי הרמ"א בסי' שלג ס"ב במש"כ בדין מלמד לשנתיים.

ויתכן שהנידון ברמ"א הוא במלמד שנשכר לבעל הבית ושכרו קצוב לכל השנתיים, ויקבל שכרו בסוף התקופה, ועד לסיום התקופה המלמד דר בבית בעה"ב, ומשועבד ללמוד עם בנו בכל יום, אך עכ"פ שכירותו תשולם לסוף השנתיים, ועל כן כל השנתיים יחשבו למלאכה אחת, והתחלת המלאכה מועילה לכל התקופה. (ומפורש ברמ"א שבקציעה כזו, אין רואים את הלילה כמפסיק בין מלאכות כל אחד מהימים, ודלא כסברת הבית שלמה והמנחת פיתים).

אלא שהחזו"א ב"ק סי' כג סק"ב הבין כפשטות לשון הרמ"א שהקציעה היתה לכל שנה בנפרד, ואפ"ה מכיון שסוכם על עבודה למשך שנתיים על כן התחלת המלאכה היא קנין כל השנתיים שלא יוכל בעה"ב לחזור בו. ולדבריו

זכויות היוצרים על עבודת התובע

התובע תבע שבית הדין יקבע שזכויות היוצרים על עבודת התרגום שנעשתה על ידו שייכות לו, והוא היחיד הרשאי להוציאה להפצה, כספר למכירה וכיוצא ב. והנתבעים טוענים שזכות היוצרים המלאה היא שלהם.

מוטב היה אילו בעת ההתקשרות ביניהם, הצדדים היו מתייחסים בפירוט לשאלה זו בחוזה כתוב או בעל פה, ובכך היו מונעים את חילוקי הדעות הללו. אך משלא נערך כל חוזה, ונושא זה של זכויות היוצרים לא זכה להתייחסות עד לסיום העבודה, וגם כעת הצדדים לא הצליחו להגיע לפשרה מוסכמת, עלינו לדון בשאלה זו, מי מחזיק את זכויות היוצרים על יצירתו של התובע.

נקדים ונציין, שנראה כי שני הצדדים הסכימו שלא ניתן לגזול זכויות יוצרים ממי שזכה בהם, ואין צורך שנאריך כאן בשאלת זכויות היוצרים על פי ההלכה. אך נציין לתשובת החתם סופר שדן בסוג יצירה הדומה ליצירה שבפנינו. החת"ס חח"מ סי' מא דן ביחס לעבודת התרגום שעשה הרו"ה (הרב וואלף היינדהיימר ז"ל) על תפילות ופיוטים, וקבע שאין רשות לאחרים לחזור ולהדפיסם בלא רשותו, ואסור להם להנות ממה שהמציא הרו"ה. החת"ס דן את המדפיסים המבקשים לחזור ולהדפיס תרגום זה בלא רשותו כמשיגי גבול, עיי"ש.

בנידון דידן, זכותו של התובע עדיפה על זכותו של הרו"ה בזמנו, מאחר שמלבד עבודת התרגום שהיא יצירה רוחנית, הרי עבודת הקלדת העבודה נעשתה על ידי התובע, דבר שלא היה בנידון החת"ס שארע בטרם המצאת הדפוס באמצעות צילום, ובעת הוצאה מחודשת היה צורך בעבודת מחודשת של סידור האותיות והעימוד.

שעל כן בנד"ד, הצד שלא זכה בזכויות היוצרים מנוע מלעשות שמוש בעבודה בניגוד לזכויות היוצרים.

לגופו של עניין, נראה שקיים חילוק עקרוני בין אדם שעסק בתרגום עבור הנתבעים כפועל שכיר, שמכח זכות בעה"ב ביצירתו של הפועל, קנה בעה"ב את כל מה שהפיק הפועל, אבל אם העובד הוא אדם שלא היה במעמד של פועל אלא קבלן, ומכר לנתבעים את מבוקשם שהוא פירסום העבודה באינטרנט, לא נמכר לנתבעים דבר נוסף מלבד אותו דבר שעליו דובר בפירוש.

עיינן בספר חידושי רבי שמעון יהודא שקאפ ז"ל עמ"ס גיטין סי' ד' שהביא בשם הגר"ח ז"ל מבריסק שזכות בעל הבית במעשי הפועל היא "כעין שובך לפירות, שקנה זכיה בגוף הפועל לענין מעשי ידיו, ויהיו מציאות הפועל לבעה"ב, כענין שהיה הפועל ממציא ע"י מעשי ידיו איזה כלי, שהכלי שייך לבעה"ב". ועיי"ש מש"כ הגרש"י שקאפ ז"ל לדון בזה.

עכ"פ מבואר בדברי הגר"ח ז"ל שגם המצאה שממציא הפועל, שייכת לבעה"ב.

וכאמור כך היה הדין בנידון דידן. אילו התובע היה בגדר "פועל" שנשכר על ידי הנתבעים, היה מקום לקבוע על פי

דברי מהרשד"ם נכתבו בזמנו טרם פשט השו"ע בתפוצות ישראל, ולכן נקט מחלוקת זו כספקא דדינא וצריך המוחזק לטעון קים לי. אך האידנא שהשו"ע סתם כדעת הרמב"ם, ולא הביא את דעת הרמב"ן הרשב"א והריטב"א אפילו בלשון י"א, הכי נקטינן ונראה שהמוחזק אינו יכול לטעון טענת קים לי. וכן משמע מדברי הנתיבות סי' שלב סק"ג שנקט בפשיטות כפשט השו"ע. וכן בנחל יצחק סי' לט סעיף יז, ולעיל הבאנו מדבריו.

על כן יש לקבוע שיש אונאה בקבלן.

אך יש לדון האם יש אונאה בדבר שאין לו שער קבוע וידוע.

הבית יוסף חו"מ סי' רט כתב - "שמא לא כתב כן הרמב"ם, אלא בדבר שיש לו שער קבוע כמו החטים וכיוצא, אבל חלב וגיזה שאין להם שער ידוע אלא כל אחד קונה כמו שחפץ לית ביה אונאה". לעומת זאת, הש"ך סי' רט ס"ק א' כתב - "יש להם אונאה, אפילו היה אותו דבר, אין שער שלו ידוע, ודלא כב"י וכ"כ הב"ח".

אך אף שכפי הנראה הפוסקים נקטו דלא כדעת הב"י, יש דברים שבמהותם לא ניתן לדון בהם דין אונאה מאחר וקשה להעריך הערכה ברורה את התעריף האמיתי. בספר חכמת שלמה לגר"ש קלוגר ז"ל על השו"ע סי' רכו סעיף לג (במהדורה שי"ל לאחרונה ע"י ביהמ"ד זכרון משה בתוך ספר מסחר כהלכה) דן אם במלמד תינוקות דנים דיני אונאה, וכתב - "ועוד כמו דמבואר ביו"ד סי' של"ו ס"ג דאם הבטיח לרופא הרבה בשכרו, צריך לשלם לו הכל, דאין שיעור לחכמה של כל אחד ואחד ... א"כ י"ל דאולי מההוא גברא יזכה ללמד ולא מאחר, לכך לא שייך בזה דין אונאה כלל, ועדיף משאר פועל, כנלפענ"ד ברור ודו"ק".

ויתכן שה"ה בעבודות תרגום מאמרי חסידות, קשה מאד לקבוע תעריף מוגדר לכל אחד ואחד, וקשה לשער חכמתו של כל אחד העוסק התחום זה. ואמנם אין בפנינו אסמכתא הקובעת תעריף מקובל כזה או אחר, לעבודה הנידונה.

מלבד זאת, בהלכות אונאה, נקבע שיעור זמן מוגבל לתביעת האונאה, עיין שו"ע סי' רכו סעיפים ז-ח, ואם לא תבע בתוך פרק זמן זה, הוכיח בכך שסבר וקבל את המקח כפי שנעשה. במקרה שלפנינו התובע הפסיק את עבודתו עקב הפסקה יזומה של הנתבעים, ולא עקב התפטרות מצידו הנובעת מגילוי העובדה שהיתה אונאה, כטענתו. וזאת למרות שלטענת התובע כבר בסביבות פסח תשס"ב גילה שהשכר שמקבל הוא נמוך, וכי הנתבע פלוני אינו אמין, לטענתו. ועיין ברש"י ב"מ דף מט: (ד"ה עד) שאם שהה יותר מחל על אונאתו, וכן ברא"ש סי' טו. והפירוש בהלכה זו אינו מכח מחילה על עצם הממון המחויב להיות משולם, דלא מצינו שהעדר תביעת חוב בפרק זמן מסויים ומוגבל תחשב מחילה. אלא יש בשהיה זו משום מחילה והסכמה על הפסיקה דמעיקרא, אף שנודע לו שהיתה אונאה.

דהיינו שאלת זכויות יוצרים, ביחס לטקסט המקור ממנו תורגמו המאמרים, השייכות לכאורה לגורם שלישי, לא עלתה לדיון, ואין להסיק מתוך הקבוע בהחלטה הנוכחית שניתן להתעלם מהם, (במידה ואכן זכויות היוצרים בטקסט המקור שייכות לגורם כלשהוא).

בעקבות החלטה זו, ניתן חיזוק נוסף להחלטה הקודמת של בית הדין עם הנימוקים המצורפים, שבה בית הדין דחה את טענת האונאה. שהרי תעריפי קבלן המוכר את עבודתו ומוסרה לרשות המעסיק לרבות מכירת זכויות היוצרים המלאות, אינם דומים לתעריף הנקבע על ידי קבלן שהשאיר ברשותו זכויות אלו ועשה עבודת תרגום עבור פרסום באתר אינטרנט בלבד. תעריף עבור עבודה זו יהא נמוך, בצורה משמעותית.

על כן, אסמכתאות מתעריפים ששולמו לגורמים אחרים שעסקו בתרגום, יהיו בעלות ערך רק אם מתכונת עבודתם וקביעת שמירת הזכויות דומות למצב במקרה שלפנינו. דבר שלא בא לידי ביטוי ולהתייחסות מתאימה במסמכים שהוגשו לבית הדין. בעת הצגת טענה לשער ידוע לעבודת תרגום מאמרי כתבי קודש, יש ערך להצגת מסמכים המתייחסים למציאות הדומה לנידון דידן.

מאחר שהתובע העביר לבית הדין השגות הלכתיות על פסק הדין, מן הראוי להתייחס לעיקרי דבריו.

התובע ציין לשו"ע חו"מ סי' רכז סעיף לו שבו נאמר כי הקבלן יש לו אונאה וחוזר לעולם, ולא הוגבלה חזרתו לזמן קצוב עד שיראה לתגר וכדומה.

לכאורה הערה זו הערה נכונה, אך אינה נוגעת לנידון שלפנינו. הטעם בהלכה זו, היא דמיון ששכירות משתלמת לבסוף, ולאחר התשלום והעברת הסחורה לבעל הבית, לא נשאר בידו דבר, הרי שלא היה בידו להראות לתגר, או למומחה, שהרי אין בידו דבר שיוכל להראותו, לאחר שהסחורה כבר אצל בעל הבית, עיין סמ"ע ס"ק סה, וכן בחי' הריטב"א (הישנים) עמ"ס ב"מ דף נו: (ד"ה וממכר) שבאר הלכה זו וכתב - "כאן ליכא למימר כדי שיראה, דאין דרך להראות שכירות". אבל במקרה שלפנינו, גם לאחר מסירת עבודת התרגום לנתבעים, עדיין יש ביד התובע עותק מעבודתו, ויכל מיד להראותו למומחה, ועל כן חזר דינו להלכה המקובלת בהלכות אונאה.

ומה שהבאנו מספר חכמת שלמה לגר"ש קלוגר ז"ל על השו"ע סי' רכז סעיף לג שדן אם במלמד תינוקות דנים דיני אונאה, וכתב - "דאם הבטיח לרופא הרבה בשכרו, צריך לשלם לו הכל", היינו שצריך לשלם כפי שסוכם עמו אף שסוכם מחיר גבוה מאד, ואין מקום לטענת אונאה. ושם טענת האונאה היתה של המשלם, שבקש להפחית במחיר, וה"ה להיפך כבנידון דידן. שאם אין מקום לטענת אונאה ישלם הכל כפי שסוכם עמו.

וביחס לטענת תקיעת כף, מלבד שהצד השני הכחיש שסוכם להתחייב להעסיקו לשנה, אך עכ"פ גם אליבא

שיטת הגר"ח ז"ל, שבסתמא, יד פועל כיד בעל הבית וכל פעולותיו נקנו להם, לרבות זכויות היוצרים, ואז התובע היה מנוע מלפרסם דבר בלא אישור הנתבעים. אבל מאחר שהתובע עשה עבודה קבלנית, על כן בסתמא הזכויות שייכות לו. אמנם הנתבעים רכשו זכויות פרסום באינטרנט, ועבור זכות זו שילמו את שכרו של התובע, אך לא רכשו זכות פרסום באמצעי אחרים. ועכ"פ ביחס לזכויות יוצרים באמצעי פרסום אחרים מלבד אינטרנט, המוציא מחבירו עליו הראיה, וכל עוד לא יביאו ראיה שקנו זכות יוצרים מלאה, זכויות אלו ישארו ביד התובע.

וראיתי בספר עמק המשפט (להג"ר יעקב אברהם כהן שליט"א) ח"ד עמ' רנה שכתב ביחס לעיתונאים סופרים ותחקירנים המפרסמים כתבות בעיתונים, וכדלהלן - "לא מיבעיא אם הסופר אינו "עובד" אצל בעל העיתון ולא מתקיימים ביניהם יחסי "עובד ומעביד" אלא יחסי "מזמין וקבלן", דהיינו שבעל העיתון מזמין סיפור אצל סופר עצמאי שמוכן "למכור ולתת שירותי קבלנות" לעיתון ולספק להם סיפור, בכגון זה קשה לומר שבעל העיתון זוכה בכלי המחשבה של הסופר, ויש לו בעלות על מה שהוא מפיק. אלא יותר נראה שלסופר הממציא יש בעלות על יצירתו, והוא מוכר זכויות ביצירה לבעל העיתון דהיינו שמוכר לו "זכות פרסום היצירה בעיתונו" ... אמנם בעל העיתון שילם לו על המוצר, מ"מ הוא שילם לו רק על "הזכויות לפרסם את הסיפור בעיתון". אבל שאר הזכויות ביצירה שייכים עדיין ליוצר ולמחבר, ובאמת שכמדומה שכן עמא דבר, ורבים הם הסופרים והעיתונאים שמחברים ספר שמבוסס על כתבותיהם השבועיות בעיתון, וכך שמעתי מבכירי המתעסקים בתחום".

ועיי"ש שכתב שביחס לעיתונאי או סופר שכיר שדינו כפועל, אמנם נראה שעל פי דין זכה בעה"ב בכל זכויות היצירה, עכ"פ נהוג שזכות הפרסום במסגרת אחרת מחוץ לעיתון נשארה לעיתונאי והסופר, וכך דרך העולם והיושר. אמנם יש מקום לפלפל האם מסגרת פרסום באינטרנט דומה למסגרת פרסום בעיתון, אך נראה שלעניין נידון דידן אין חילוק, והמנהג המצוי ביחס לפרסום באמצעי תקשורת זה של העתונאות יפה כחו גם ביחס לאמצעי הנידון בפנינו.

מסקנת הדברים - מאחר שהתובע היה במעמד של "קבלן", ולא מעמד של "פועל", ובהעדר סיכום ספציפי ביחס לזכויות היוצרים באמצעי פרסום אחרים, על כן זכויות התרגום נשארות בידיו של התובע, למעט זכות הפרסום באינטרנט שהיא זכות שנרכשה על ידי הנתבעים, והתובע מנוע מלהפיץ את עבודתו באינטרנט. בעת ציון שמירת הזכויות הנעשה על ידי הנתבעים, ירשם בפירוש ששמירת הזכויות מתייחסת לאפיק פרסום זה בלבד.

אין בהחלטה הנוכחית כל התייחסות לשאלת זכויות יוצרים של גופים אחרים שלא היו צד לדיון בבית הדין.

וכך המצב בימינו ביחס להעסקת פועלים, אין ידוע לנו שמקובל לסכם עניינים ולהתחייב בתקיעת כף. ובקבלן שעבודתו היא בעבודות נפרדות, משיכת כלל האומנות אינן קונים אלא לאותה עבודה מסויימת שמשר, והמקורות שהובאו בדברי התובע בדרך כלל מתייחסים לעבודה יומית כפי שהיה נהוג לשכור פועלים בזמן הגמ', לעבודה יומית מוגדרת.

דטענת התובע, הרי שהיה לתקיעת כף מעמד של סיטומתא אילו כך היו נוהגים הסוחרים לסכם ענייני העסקת עובדים.

ספר תורת הקניינים, המצוטט בדברי התובע, מתייחס למציאות שבה לכולם ידוע שכך הוא המנהג. אך כשאין ידוע על מנהג להתחייבות בתקיעת כף, אין תקיעת כף מחייבת את הצדדים, ואין אומדנא שהתכוונו להתחייב בכך,

סימן מז

סכסוך שבין מורה למנהל

ב' אייר תשס"ב

עליה, נקראים לנהוג כדרכם של תלמידי חכמים המרבים שלום בעולם, ובכך יוסיפו עוצמה בשליחותם החינוכית. לא היה מקום שסכסוך קודם, בין התובעת למנהל, בנושא שאינו קשור לענייני המוסד החינוכי, ישפיע על שיקול הדעת של המנהל, בעת עיסוקו בעבודת הקודש החינוכית.

ב. תביעת התובעת לשלול את הדרישה לשינוי לוח מערכת השעות באמצע שנה"ל תשס"ב מתקבלת. אין מתקבל על הדעת כי שינוי כזה יעשה באמצע השנה בלא תאום מוקדם ובלא הסכמה של המורה. מאחר שהתובעת היתה רשאית מלכתחילה לעבוד במוסד לימודי אחר באותן שעות בלוח המערכת שנתרו בתחילת שנה"ל פנויות, ולא היתה מחוייבת לשבת בביתה בחוסר מעש באותן שעות. על כן לא יתכן, באמצע השנה ובאופן חד צדדי, לפגוע בהתחייבויותיה למוסד חינוכי אחר.

על כן לא היתה הצדקה להפחתת השכר עקב אי התייצבות התובעת ללמד בימי חמישי, ועל הנתבעים להשיב לתובעת את סכומי הכסף שנוכו ממשכורתה עקב כך.

התובעת בקשה לקבל את ההחזר המגיע לה בתוספת הצמדה, אך אין בפנינו נתונים על סך ההצמדה הנתבע על ידה.

שאלה זו האם תשלום הצמדה, אם דינו כריבית נידון בפוסקים, ועל מנת שלא להכנס לספק ביה"ד אינו מחייב את הנתבעים בתשלום הצמדה, אך ראוי כי כפשרה ובהסכמתם, הנתבעים יפצו את התובעת על עגמת הנפש שנגרמה לה עקב העיכוב בתשלום.

התוספת הקבועה בחוק הלנת שכר, דינה כריבית, ואין מקום לגבותה, גם אם חוק המדינה מחייב תשלום זה, וגם אם כך נהגו במקומות מסויימים, בעקבות פסיקת בתי המשפט. עיין בפד"ר חט"ו עמ' 240-253 ובספר שורת הדין חט"ו עמ' קע שפסקו כן.

ג. התביעה המתייחסת להקטנת היקף המשרה בשנת תשס"א אינה מתקבלת. אמנם מכסת שעות העבודה קטנה,

בפני בית הדין תביעות העוסקות ביחסי עבודה שבין מוסד חינוכי א., לבין גב' ב. העובדת במוסד זה. התובעת העלתה בכתב התביעה מספר תביעות בהם היא דורשת להמנע מהרעת תנאי העבודה, והחזר תשלומי שכר שנוכו בעקבות שנוי במערכת השעות, וכן תביעה לעידכון דרגת שכר והפרשות פנסיה. מאידך נציגי המוסד העלו את טענותיהם הנגדיות, ובהם התביעה להפסקת העסקת התובעת.

א. ביחס לתביעת ההנהלה לפטר את התובעת. בית הדין שמע את טענות הצדדים המפורטות, ולאחר העיון אנו קובעים כדלהלן -

קיימות שתי סיבות המונעות מההנהלה לפטר את התובעת לאלתר כמבוקש.

ראשית, התובעת כעת בהריון, ובהתאם למנהג המדינה לא ניתן לפטר עובדת ללא עילה מוצדקת. יעויין בפד"ר חלק ח' עמ' 164 בפס"ד מביה"ד הגדול (בהרכב הגרי"ש אלישיב שליט"א הגר"ב ז'ולטי ז"ל והגר"א גולדשמידט ז"ל), שבו נפסק על ביטול פיטורי מורה הרה שהועסקה ע"י רשת "החינוך העצמאי". וז"ל שם - "הואיל ותנאי עבודה בין מעביד לעובד, הזכויות והחובות, מנהג המקום הוא הקובע, והואיל ולפי הנוהג בציבור העובדים, אין לפטר עובדת כשהיא נמצאת בהריון ולא יולדת בתקופת חופשתה, ומנהג זה נשתרש עקב חוק עבודת נשים תשי"ד, הרי שמשום כך לא תפסו הפיטורין בתאריך הנ"ל כלל".

שנית, מבירור העילות לפיטורין עולה שלא נמצא ליקוי בעבודתה החינוכית של התובעת, אדרבה התובעת קבלה שבחים על עבודתה החינוכית. הטענות על התנהגות שהביעה מסר שלילי לתלמידות, בארוע בסמוך לחג הפסח, או על התערבות בנושאים אישיים רגישים של תלמידות, אינן מתקבלות, והסבריה של התובעת בנושא זה הניחו את דעת בית הדין.

בית הדין התרשם שיש מקום לשינוי בסגנון התבטאות התובעת כלפי הממונים עליה, והיא מחוייבת למרותם בכל הנוגע לסדרי המוסד החינוכי. התובעת יחד עם הממונים

ב. היה מקום לדון, מה הדין במקרה שבו העובד מועסק על ידי רשת חינוכית בה קיים מנהג אחר, יחסית למקובל במקומות אחרים, האם המנהג המקומי של אותה רשת מחייב, או מנהג המדינה הכללי מחייב.

בשאלה זו נחלקו הדעות בבית הדין האזורי בת"א בדיון שהתייחס לתביעת עובדת שהועסקה במסגרת "החינוך העצמאי". ולאחר שהעניין הגיע לדיון בבית הדין הגדול, פסק בית הדין בהרכב הגר"ח צימבליסט שליט"א והגר"ח גולדברג שליט"א והגר"ע בר שלום שליט"א שאם ידוע שאותה רשת חינוכית שהעסיקה את התובעת, נוהגת עם עובדיה מנהג מסויים, מנהג זה מחייב. ובארו דעתם כי היסוד לחייב את המעסיק לשלם כמנהג המדינה הוא משום דהוי כאילו התנו כך בפירוש, ודנים את המעסיק כמי שהתחייב לשלם כפי המנהג, אולם באם ידוע שיש למעסיק מנהג אחר, הנהוג ומקובל ביחס לכלל העובדים אצלו, שוב אי אפשר לומר שהמעסיק התחייב כמנהג הנהוג בכלל המדינה. (דעת חברי בית הדין האזורי שנחלקו בשאלה זו התפרסמו בקובץ תחומין ח"ח עמ' 236, ובחלק כ' עמ' 71. וסיכום פסק הדין של ביה"ד הגדול הובא שם בחלק כ' עמ' 77).

ג. הרא"ש בתשובה סי' קד סי' ד' כתב - "ששאלת מי ששכר מלמד לבנו ללמדו שנה אחת ובתוך השנה מצא טוב ממנו אם יש להוציא מן הראשון לתת לו. דע כי כיון ששכרו לזמן קצוב והתחיל במלאכתו אינו יכול להוציאו מתחת ידו תוך זמנו אם אינו פושע במלאכתו".

דברי הרא"ש הובאו בב"י חו"מ סס"י שלג, והוסיף באר הגולה - "ואם חזר בו בעל הבית צריך לשלם לו כל שכרו כמבואר לקמן סי' שלה בהגה". ואינו נותן שכר בטלה בלבד, אלא שכר מושלם כמבואר בתשובת הרדב"ז ח"א סי' רפה, שכתב - "אם שכרו סתם ללמד נערים נותן לו נערים שירצה, ואם לא מצא נערים נותן לו שכרו משלם, כי המלמד אינו מרויח בזה להיות בטל שהוא מתקלקל כדאמרינן בהני אוכלסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשו, וכל שכן בלמוד שגם הוא מרויח".

ובשו"ע אור"ח סי' נג סעיף כה פסק - "אין מסלקין חזן מאומנתו, אלא אם כן נמצא בו פסול", וכתב במשנה ברורה ס"ק עג - "וה"ה לכל התמנות, במקום שלא נהגו למנות לזמן ידוע. והטעם שלא יחשדום שנמצא בהם פסול".

עיינן בפד"ר חלק ח' עמ' 143 שהעלו כי בימינו אין לחוש לחשדא וניתן לפטר גם בלא שנמצא בו פסול, כל עוד אין מניעה מצד אחר, וניתן להמציא ביד המפוטר מכתב המסיר ממנו כל חשד, אך עיין במש"כ הגר"ח בן שמעון שליט"א בפס"ד שבספר שורת הדין ח"ג עמ' שיח, שדן בשאלת פיטורי מנהל בית ספר, והביא משו"ת משפט צדק ח"א סי' עח ומשו"ת חמדת שלמה סי' ז' שעכ"פ במידה שהפיטורין התרחשו באמצע שנת הלימודים, מועד בלתי מקובל לפיטורין, הרי שבעקבות הפיטורין המפוטר עלול להחשד

ואולם מכיון שהחשוב הכללי של כלל שעות העבודה מורה על הגדלת אחוז המשרה, אין עילה לתביעה. התובעת ציינה בכתב התביעה שהנתבעים היו רשאים לנייד אותה בין אגפיו השונים של מוסד ב. למרות שלא הודיעו לה מראש שתוספת השעות בתיכון תהיה תמורת הפחתת השעות במסגרת השניה, מ"מ כפי הנראה לא היתה הפחתה בהיקף המשרה בשנת תשס"א.

ד. אין מקום לחייבת את הנתבעים בקביעת דרגת שכר אקדמאית עבור התובעת, כל עוד דרגה זו אינה משקפת את הדרוג המאושר של התובעת.

ה. ביחס לתביעה לשינוי קרן הפנסיה. יש לציין כי הוצגה בקשה להחלפת הקרן מביטוח מנהלים לקרן פנסיה אחרת. הנושא לא הובהר דיו בדיון, לא הובהר מהי העילה לתביעה הנוכחית כתביעה משפטית, ומהו הבסיס, אליבא דהתובעת, לחיוב הנתבעים כמבוקש.

במידה שהמעסיק הנוכחי התחייב מראש למלא את הנחיות משרד החינוך בנושא זה, והנחיות אלו מחייבות תשלום קרן פנסיה כמבוקש, ושוללות צבירת פנסיה במתכונת הנהוגה כיום במוסדותיהם, עליהם להשיב ולנמק את עמדתם.

אך באם פני הדברים אינם כך, והבסיס לתביעה זו הוא מנהג המדינה המקובל ביחס למורים במוסדות אחרים, אין מקום לתביעה זו, וזאת כל עוד הקרן הנהוגה ברשת המוסדות של הרשת שבהם התובעת עובדת, ביחס לכלל עובדי ההוראה במוסדות אלו, היא הקרן הנוכחית של ביטוח מנהלים.

אין מקום לאכוף על הנתבעים את השינוי המבוקש, גם אם מורים המועסקים במקומות אחרים מבוטחים בקרן פנסיה משופרת. אלא אם כן בעת כניסת התובעת לעבודתה היתה נהוגה קרן פנסיה מסויימת, ובאופן חד צדדי, בלא הסכמת העובדים, חלה הרעה בתנאי הפנסיה.

להלן המקורות ההלכתיים העומדים ביסוד פסק הדין -

א. בשו"ע חו"מ סי' שלג ס"א פסק כי תנאי העסקת העובד נקבעים בהתאם למנהג המדינה, כל עוד לא הוסכם בין הצדדים על תנאים אחרים. ויעויין בשו"ת הריב"ש סי' תעה שפסק כן בשאלת הטלת מס על שליח עבור שהתקבל לעבודה, וכתב שם - "יש לעיין במנהג העיר, ואם יש בעיר מנהג שפורעין גם החזנין, גם זה על דעת כן נכנס, דאם לא כן היה לו להתנות. ואם מנהג העיר לפוטרם, גם זה פטור, מן הסתם, כי השוכרים היה להם להתנות. ומ"מ נראה, שבכגון זה צריך שיהיה המנהג ברור, לפטורם אם בהסכמת הקהל, או שנהגו כן משנים קדמוניות, ונהגו לדון, ע"פ המנהג ההוא. דהא לא דמי למנהג פועלים שכמה פועלים נשכרים בכל יום ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן, שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד, או שנים, אלא אם כן ידוע ומפורסם בעיר שמחמת מנהג העיר לפטור החזנין פטורם, עכ"ל. דברי הריב"ש, ונפסקו להלכה ברמ"א (שם).

שמים אין להם זכות ע"ז, ואפשר שאין תנאם כלום. ואם שכרוהו סתם אף שהקאנטראקט נתנו רק על זמן כשנה ושנתיים זה ודאי לא נחשב כבתנאי לסלקו כשירצו אף בלא טענה ואין יכולים לסלקו כשליכא טענה שיזכו ע"פ דין.

אף שאין זמן קצוב בכמה שנים נחשב שהמורה הוא טוב שאפשר לאדם להתקלקל במעשיו ומדותיו, ובפרט שתלוי בזריזות וזהירות ביותר שאפשר שהתחיל להתעצל, אבל כמובן שהיא ראייה גדולה שהוא מורה טוב כשהיה שם שנה וקבעוהו לעוד שנה, וכ"ש כשהיה יותר, ויצטרכו הרוצים לסלקו לברר בראיות ברורות שאינו ראוי עתה להיות מלמד.

לסיום נוסיף בזה מש"כ בשו"ת מנחת יצחק ח"ד סי' עה - "כל מורה נכנס למשמרתו, אדעתא דהכי, לציית להמנהל, בעניני חינוך, ואף אם לא התנה בפירוש סתמא כפירושו (אם לא שיש להמנהל שיטה שלא כהלכה) בכה"ג, ועיין ש"ע ונו"כ (או"ח סי' נ"ג), דאל"כ בטל כח השלטון, ויוכל לבוא לידי הפקרות בכל המוסד, ואם שיטה חנוכית של המנהל, ל"ה שיטה דחוי, ושלא כהלכה, בודאי מחויב המורה לשנות שיטתו, שזה בידו, לשיטת המנהל, אבל בודאי אין לעשות דינא לנפשי, ויש להציע הענין לפני ב"ד".

ובהמשך לדברי המנחת יצחק, ניתן לקבוע שכל מורה נכנס למסגרת של מוסד חינוכי אדעתא דהכי שיציית למנהל, בכל הנושאים הנוגעים לסדרי בית הספר והנמצאים בסמכותו של המנהל, ויקבל את מרותו המלאה בנושאים אלו.

שפוטר עקב פשיעה במילוי תפקידו, על כן אין לפטרו, בלא שנמצא בו פסול.

ד. להלן תשובת האגרות משה חח"מ ח"א סי' עז, ממנה עולה כי אין דין מורה במוסד ציבורי כשאר פועל המועסק אצל בעה"ב. במקרה בו בעה"ב שכר פועל לעבודה, יכול לפטרו באופן שרירותי, (כשאינן הסכם המונע זאת) ואינו מחוייב לתת דין וחשבון לאיש, מדוע אינו ממשיך להעסיק את הפועל. משא"כ מנהלי מוסד חינוכי, של קהילה או ציבור, הם שלוחי צבור המחוייבים לעשות את כל מעשיהם לשם שמים, ובלא לערב שיקולים זרים שאינן נוגעים ישירות לטיב עבודתו של המורה.

וז"ל האגרות משה - "בדבר מחלוקת בין הדירעקטארן ומלמדים, ורוצים לסלק מלמד ממשרתו הרי הוא ענין שבדיני ממונות, שצריך לילך לבית דין ולהיות ביחד לשמוע הטענות שיש להם על המלמד ותשובת המלמד. והבי"ד יפסקו כפי הדין שיש להם לידע מהגמ' והשו"ע ... הנה כששכרו מלמד סתם אם עושה מלאכתו באמונה, שהוא שמסביר היטב להתלמידים מה שלומד אתם, ורואה שיחזור על למודם כפי הצורך להם, ולא יבטלו זמן הלמודים בדברי בטלה והוא ירא שמים שהתלמידים ילמדו ממנו להיות שומרי תורה ומצות הוא המלמד הראוי להיות מורה ומלמד לתלמידים, ואי אפשר לסלקו. ואף אם בעת ששכרוהו אמרו שיהיה הרשות בידם לסלק אותו לשנה האחרת אף בלא שום טענה יש ספק גדול אם יוכלו לסלקו משום שהדירעקטארן והמנהלים נבררו רק לעשות כדין התורה שהוא לשם שמים וכיון שלסלק בלא טענה ודאי אינו לשם

סימן מח

הסכם בין מוסד חינוכי לעובדיו שאינם זכאים לפיצוי פיטורין

מסוגיא זו עולה שדין בעלי האומנויות כדין בני העיר. ונראה, שלענין זה אילו שלילת תוקף ההסכם היתה מעוגנת בחוק, הרי שהסכמת נבחרי הציבור בכנסת דינה כהסכמת טובי העיר.

ובחזו"א ב"ב סי' ד' סק"ח הוסיף ביאור בסוגיא זו, וכתב - "ברמב"ן מבואר דיש כאן תרי עניינים. א. דבעלי אומנות יש להן כח של בני העיר וכמו שבני העיר יש להם כח של בית דין כן כל בעלי אומנות יש להם כח בית דין על בני אומנות שלהם, ותקנתם הוי כתקנת בית דין, שעל פי תקנתם יכול אדם לזכות בשעבוד נכסי חברו לפרוע מהם ואין צריך קנין אחר, אלא תקנת בית דין עושה קנין ... ואפשר שזו תקנת חכמים ליתן לבני העיר כח בית דין וליתן לכל אנשים בעלי אומנות אחת כח בית דין ... הא דבהתנו כל בני העיר או כל האומנים היא דוקא בדליכא חבר עיר, אבל באיכא חבר עיר אין להם כח בית דין בלא חבר עיר. וכתב הרמב"ן הטעם דחיישינן דעושין שלא כהוגן ולהוקיר השער, ואפילו

בפנינו שאלה עקרונית שעלינו להכריע בה, והיא - תוקפו של הסכם שנחתם בין המעביד לעובד, הסכם שבו העובד מוותר על זכויות סוציאליות שונות, כגון פיצוי פיטורין.

כידוע בבתי המשפט האזרחיים מקובל לשלול את תוקפו של הסכם מסוג זה, ויש לדון מהו תוקף ההסכם על פי ההלכה.

אילו היתה הסכמת בני העיר או בני המדינה לשלול תוקף הסכם כזה, הסכמה כזו מחייבת. וזאת עפ"י המבואר בגמ' מסכת בבא בתרא דף ח: - "רשאינן בני העיר להתנות על המידות ועל השערים, ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן ... ה"מ היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב, לאו כל כמינייהו דמתנו".

בהתאם לאמור, אילו היתה הסכמת בני העיר להתנות על תנאי שכר הפועלים ולקבוע את העדר התוקף לויתור על תנאים סוציאליים, יש מקום להסכמה זו, בכפוף להסכמת "אדם חשוב".

העבודה טרם שחלה חובת הפיצויים, לכאורה יש לה מקום בהלכה, כדאיתא בחו"מ סי' ר"ט ס"ק ד' ברמ"א וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם.

אכן כל זה אמור במחילה שלא בדרך תנאי, אבל ודאי שאפשר להתנות מראש לא להתחייב, כדאיתא בהדיא בב"ק דף צ"ב: קרע את כסותי שבר את כדי על מנת לפטור, פטור. וכן נפסק בחו"מ סי' ש"פ סעיף א'. למרות שהחיוב לא נוצר עדיין, יכול הוא אף למחול מראש דרך תנאי, ועיין במסכת כתובות דף נ"ו ע"ב בתוס' ד"ה הרי זו מקודשת, מה שכתבו בשם ה"ר אלחנן המתייחס למשנה זו, וכתב שם דהתם נמי אם היה אומר קרע ושבור ע"מ שאין לי עליך דין נזק, הוי חשיב מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אבל למחול יכול.

בתצהיר שחתם עליו התובע, נאמר שנתקבל מתוך הסכם מיוחד שלא יגיע לו יותר ממה שקיבל, דהיינו שהוסכם מראש על כך ולא שמוותר עכשיו. וכשם שאפשר להתנות מראש להעסיק אדם מבלי לשלם לו שכר כלל או פחות מהשכר המקובל, כך בודאי אפשר להתנות מראש שלא יקבל פיצויים, ואף אם קיים חוק שאינו מכיר בהתנאה מראש לאי - תשלום פיצויים, ודאי שאין להתחשב בו, הואיל והוא נוגד את דין התורה, עכ"ל בפסק הדין.

פסק דין זה חוזר ונשנה בספר לב אריה סי' לו. וכן פסק הגר"י יפרח שליט"א בספר "שורת הדין" כרך ג' עמ' רע"ח.

אמנם עיין במאמר שבקובץ תחומין כרך כ' עמ' 80 שמשקנתו אינה כאמור, אך היינו מפני שסבר שיש מעמד של חוק להעדר יכולתו של העובד לוותר על זכויות סוציאליות, ואם אכן היה קיים חוק כזה בספר החוקים, יהיה מקום לברר את מעמדו כהסכמת בני העיר או כדינא דמלכותא, אך כאמור זו אין כך פני הדברים.

מסקנת הדברים, יש תוקף להסכם שנחתם בין הצדדים שבו העובד ויתר על זכויות סוציאליות מסוימות.

אך יש לבחון נושא זה מהיבט אחר. בתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים) תשי"ג - 1953 נקבע בסעיף 3 (א) כדלהלן - "מוסד חינוך לא יוכרז כמוסד מוכר אלא אם נתמלאו תנאים אלה - על המוסד ניתן רשיון לפי חוק פיקוח על בתי ספר, תשכ"ט-1969, או לפי פקודת החינוך, לפי הענין ... משכורות המורים והעובדים במוסד, יהיו לפי השיעורים והכללים הנהוגים במוסדות חינוך רשמיים".

מכח הוראה זו קיימת חובה של המוסד החינוכי ביחסיו מול משרד החינוך לעמוד בשיעורי השכר ובכללים הנהוגים במוסדות חינוך רשמיים.

כל עוד המוסד החינוכי מקבל תקציב ציבורי על יסוד תנאים מוגדרים, הוא אינו רשאי להציג מצג שוא למשרד החינוך ולקבל תקציבים מהקופה הציבורית בלא עמידה בתנאים שנקבעו לתקצוב זה. ועיין שו"ע חו"מ סי' שס"ט סעיף ו' שאיסור גזל מתייחס גם לגזל מהשלטון, ובספר שבות יעקב חלק א' סי' קס"ו כתב "ובאמת מצינו, דחמיר

אשתכח דעשו כהוגן אין תנאים קיים כיון דאיכא חבר עיר. אבל אם באמת תנאים שלא כהוגן, אין הסכמתם כלום אף בליכא חבר עיר".

אך בנידון דנן, אין חוק מדינה הקובע את בטלות הויתור על תנאים סוציאליים. אדרבה, נציין לסעיף 29 לחוק פיצויי-פיטורין התשכ"ג - 1963 שבו נכתב - "פשרה לענין פיצויי-פיטורין והודאת סילוק לא יהא להן תוקף אלא אם נערכו בכתב ונאמר בהן במפורש שהן לגבי פיצויי-פיטורין". מאחר ובחוק זה אין סייגים או הגבלה המייחסת הוראת חוק זה רק לפיצויי פיטורין שכבר נצברו לזכותו של העובד, הרי שהחוק אינו שולל תוקפו של הסכם לויתור על פיצויי פיטורין.

אמנם קיימת פסיקה המקובלת במדינה במשך עשרות שנים, והשוללת תוקף הסכם כזה, ועפ"י פסיקה זו פוסקים כל בתי המשפט האזרחיים. אך לפסיקה מסוג כזה שהיא יצירה של המערכת השיפוטית אין מעמד של הסכמת בני העיר או בני האומניות, וכן אין מעמד של דינא דמלכותא, כמו שכתב בשו"ת מהרי"א ענין סי' צ', וכן עולה מדברי הסמ"ע סי' שסט ס"ק כא. אמנם פסיקה כזו יוצרת מצב של מנהג המדינה, עכ"פ באותו ציבור הרגיל להביא את משפטו בפני הערכאות, מאחר שמעסיקים אלו יודעים שאין בפניהם אפשרות שלא לנהוג כפי מנהג זה, מפני שאם יחרגו ממנו יחוייבו על ידי בתי המשפט. וככל שההתקשרות היא בסתמא, אנו קובעים שבסתמא, הצדדים התקשרו על דעת המנהג, אבל אם התנו בפירוש לנהוג אחרת, יש תוקף מחייב לתנאי זה, ודינו ככל תנאי שבממון שהוא קיים.

אמנם יש הרואים הסכם מסוג זה "הסכם מקפח" עבור העובד. אך מצינו שיש תוקף מחייב גם להסכם שבו תנאי מפורש של העובד המוותר על זכויות יסוד שלו. כגון באותה הלכה פסוקה שפועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, משום שהפועל אינו כעבד שאינו רשאי לצאת בתוך זמנו, אף על פי כן, אם המעסיק והעובד התנו בפירוש שלא יוכל לחזור בו, תנאו קיים, וכמו שכתב בספר זרע אמת ח"ב י"ד סי' צז.

על כן מאחר שעניין זה שלא יועיל ויתור, מעוגן במנהג בלבד, אך חסר תוקף של "תקנת קהל" או "דינא דמלכותא", יש תוקף להסכמת הצדדים להסכם עבודה החורג בפירוש מהמנהג, והם רשאים לקבוע שהעובד מוותר על זכויות מסוימות.

וכן פסקו בתי הדין בארץ בפסקי דין שונים, עיין בקובץ תחומין כרך כ' עמ' 77 שהביאו מפס"ד ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הגר"ח ג' צימבליסט שליט"א והגר"נ גולדברג שליט"א והגר"ע בר שלום שליט"א. וע"ע שם בעמ' 71 דעת הגר"י אליעזרוב שליט"א.

ובפד"ר כרך ח' עמ' 80 בפס"ד בהרכב הדיינים הגר"ש טנא הגר"י נשר והגר"א הורביץ זכרוןם לברכה נכתב ביחס להסכמת עובד לוותר על פיצויי פיטורין - "טענתו שאין לויתור זה תוקף חוקי מכיון שהויתור היה תוך תקופת

שנחתם עם העובדים, וזאת ככל שהדבר נוגע לאותו חלק במוסד זה שמעמדו הוא כמוסד "מוכר" או ביחס לתקופה שבהם המוסד היה "מוכר".

על כן מאחר שבנידון דנן העובדת עבדה בגן הילדים שבמוסד, וגן הילדים הוא במעמד "מוכר שאינו רשמי", מוטל על המוסד להתעלם מההסכם ולשלם לעובדת פיצויי פיטורין כמקובל. אנו מורים בזאת למוסד להעביר את דמי הפיצויים לעובדת תוך שלושים יום.

עושה וגזל רבים, משל יחיד". ק"ו כשהדבר נוגע למוסד חינוכי המחנך את תלמידיו לראת שמים ושמירת מצוות בדקדוק.

על כן מאחר שהמוסד דנן קבל תקציבים ציבוריים על יסוד תנאים מסויימים, יש מקום לחייב את המוסד ואת העומד בראשו לשלם לעובדיו עפ"י התנאים שהמוסד התחייב כלפי משרד החינוך, דהיינו כנהוג במוסדות חינוך רשמיים, המשלמים פיצוי פיטורין, ולהתעלם מההסכם

סימן מט

חלוקת משק בין בני זוג כשאחד מהם במעמד של "בן ממשיך"

י"ט כסלו תשנ"ט

נעשתה ע"י בני הזוג בחלקים שונים, ועל כן הציע להתחלק חצי חצי בעלויות הבנייה ובתכולה.

לעומתו טען ב"כ האשה - "אנו דורשים בית עם קרקע, ובנוסף לזה חצי משק כי ההורים נתנו התחייבות מפורשת שכל המשק יעבור לרשותם לפני מותם ... חוץ מזה, בנושא המשכנתא הכל משועבד, ואז הבנק היה לוקח בית עם הקרקע, לכן אנחנו מבקשים הערכה של הבית עם הקרקע".

תמצית המסמכים הנמצאים בתיק

במקרה שלפנינו, פסק דין בנושא זה של חלוקת הרכוש - נכסי דלא נידי, יוכל להינתן, רק לאחר בירור טיבו של מעמד "הבן הממשיך" במשק החקלאי. ולשם בירור זה ביה"ד נזקק לקבל מסמכים מגורמים מקצועיים שיבהירו סוגיא זו.

אך בטרם בירור מעמדו העקרוני של "בן ממשיך" נקדים שבבית הדין התקבל מסמך הקובע כי שני בני הזוג הינם יחד במעמד של "בן ממשיך", כך עולה מאישור שהתקבל בבית הדין מטעם הסוכנות - מכתב מתאריך 1.2.90, ובו שני בני הזוג החתום ע"י גב' אסיה ינישבסקי - מפקחת חוים ובטחונות. וכן עולה מהמסמך שנחתם בתאריך 1.2.90, ובו שני בני הזוג התחייבו יחד כ"בן ממשיך", ורק מכח מסמך זה התקבל מהמינהל ומהסוכנות אישור סופי המאשר את בניית הבית.

על כן ההנחה העומדת בבסיס פסק דין הנוכחי היא כי מעמדו של המשק במושב, הוא כדלהלן - הבעלות המוחלטת על המשק היא של למינהל מקרקעי ישראל, והסוכנות היהודית היא המטפלת בהקצאת קרקעות ואשורי בניה וכיוצ"ב. הורי הבעל, מחזיקים במשק במעמד של "בר רשות", ובני הזוג הינם במעמד של "בן ממשיך".

להלן תמצית המסמכים הנמצאים בתיק, ומהם ניתן לקבוע, מבחינה עקרונית, מה הם זכויות הבן הממשיך, וכיצד להעריך את חלקו של בן זוג המבקש להפסיק את מעמדו זה, דהיינו כיצד להעריך את חלקו ברכוש.

פרטי המקרה הנידון

בני הזוג נישאו בחו"ק וכעת נמצאים בהליכי גירושין בבית הדין. הבעל פתח תיק לתביעת גירושין עם כל העניינים הכרוכים בגירושין, לרבות נושא הרכוש והילדים. במשך ארבע שנים בני הזוג בפירוד, בתחילה בפירוד בתוך הבית, ולאחר מכן בעקבות המתח והסכסוך בין הזוג, האשה נאלצה לעזוב את הבית ועברה להתגורר במקום אחר. כעת הבעל עם שני הילדים הגדולים מתגוררים במושב שבו גרו בזמנו יחד, והאשה עם הבן הקטן מתגוררת במקום אחר.

בפסק הדין הנוכחי נתייחס לבירור חלוקת הרכוש. הרכוש העומד לדיון הינו - בית במושב שנבנה על ידי בני הזוג בתוך משק הורי הבעל, וכן תכולת הבית וסכומי כסף המופקדים בבנק.

בבית הדין התקיימו שני דיונים בנושא הרכוש, ביום ד' אדר תשנ"ח וביום כ"ג אלול תשנ"ח, וכמו כן בתיק שלפנינו נמצאים מסמכים שהוגשו על ידי הצדדים, סיכומי טענותיהם, וכן מכתב מטעם הלשכה המשפטית של הסוכנות היהודית שבו תשובות לשאלות בית הדין להבהרת מעמדו העקרוני של "בן ממשיך" במשק של הוריו בחיי הוריו.

בדיון שהתקיים בתאריך ד' אדר תשנ"ח טען ב"כ הבעל - "בנושא הרכוש אנחנו מציעים שיהיה חצי חצי למעט מרכיב הקרקע שזה שייך להורים ... להביא שמאי מוסמך לחלק חצי בחצי".

ולעומתו טען ב"כ האשה - "הבית נבנה ע"י שני הצדדים ההורים נתנו במתנה לזוג את הקרקע שהם ישקיעו כסף ויבנו, הזכות של הזוג לבנות כבן ממשיך".

בפרוטוקול מצויין - "מוקד חילוקי הדעות האם הקרקע נשארה ברשות ההורים או לא".

בדיון שהתקיים בתאריך כג אלול תשנ"ח חזר וטען ב"כ הבעל שכל המשק שייך להורים ורק הבנייה של ביתם

3. המתיישב מצהיר בזה כי יחידת המגורים הנוספת תשמש אך ורק כיחידה שניה כמשמעותם בהחלטת מועצת מקרקעי ישראל ...

4. יחידת המגורים הנוספת תהווה חלק בלתי נפרד מנחלתו של המתיישב, וכל הוראות חוזה החכירה והחלטות מועצת מינהל מקרקעי ישראל החלות על נחלה ... תחולנה על הסכם זה.

5. תוכניות הבנייה תוגש לאישור המינהל מראש על ידי ועל שם המתיישב בלבד בטרם שתוגש לרשויות התכנון המוסמכות לאישורן.

6. במקרה ולפי חוזה החכירה רשאי המתיישב להעביר את זכות החכירה, מוסכם בזה בין הצדדים כי הוא לא יוכל להעביר את זכותו, אלא אם יעביר את כל יחידות המגורים כיחידה אחת ביחד עם הנחלה והמגרש.

7. הפרת התחייבותיו של המתיישב בסעיפים 3 ו-6 לפי הסכם זה תחשב כהפרה יסודית של חוזה החכירה ושל הסכם זה.

(עד כאן ציטוט מהחלקים העיקריים בהסכם זה).

העולה מהסכם זה שבעל הקרקע, - מינהל מקרקעי ישראל עורך חוזה עם ההורים ורואה בהם כמי שבונים יחידת מגורים נוספת בנחלה. המתיישב, קרי ההורים, זכאים לאפשר הקמת יחידת מגורים נוספת במשק, ובלבד שאין בהקמת המבנה מעשה של פיצול הנחלה לשנים, אלא הנחלה נשארת במלואה של ההורים. ההתחייבות בהסכם זה ביחס לאופי יחידת המגורים היא התחייבות בלעדית של ההורים מול מינהל מקרקעי ישראל, ואילו הבן הממשיך אינו נדרש להתחייבות ואינו צד בהסכם זה. ודי בהתחייבותו בהסכם עם הסוכנות (שהוא לעיל). יש להבחין שהבעלות על הקרקע היא של מינהל מקרקעי ישראל, והסוכנות היא גוף המסדיר את עניינם של המשתכנים בנחלות. ועל כן יש משמעות לכך, שהבן הממשיך אינו חותם על הסכם זה, עם מינהל מקרקעי ישראל.

ג. בבית הדין התקבל מכתב (מתאריך כז חשון תשנ"ט) מטעם הלשכה המשפטית של הסוכנות היהודית בחתימת עו"ד מ. גדרון. המכתב התקבל בהתאם לבקשת ביה"ד ולאחר שביה"ד היפנה לסוכנות מספר שאלות עקרוניות, להבהרת מעמדו העקרוני של "בן ממשיך" במשק של הוריו בחיי הוריו. בתוך הדברים נאמר (להלן ציטוט הנקודות העיקריות בלבד) -

3. א. במשקים/ נחלות אשר בטיפול הסוכנות היהודית לא"י זכות המחזיקים הינה לשימוש בלבד ("זכות בר - רשות").

4. א. קביעת בן ממשיך משמעותה מינוי בן על ידי ההורים אשר לאחר קץ ואריכות ימים של ההורים יועברו אליו זכויות ההורים במשק.

א. בתיק נמצא העתק למסמך של הסוכנות היהודית (מתאריך 1.2.90) הנושא את הכותרת - "הצהרה והתחייבות המתיישבים" של הסכם בין ההורים הבן הממשיך והמושב בהתחייבותם לסוכנות היהודית ובו נאמר כדלהלן -

"אנו החתומים מטה... הרשומים אצלכם כמתיישבים במשק מס' ... במושב ... מצהירים בזאת כי בהתאם להסכם עם בנינו ... קבענו אותם באופן בלתי חוזר כבן ממשיך במשק הנ"ל אשר יקבל את החזקה הבלעדית במשק הנ"ל לאחר מות שנינו בהתאם לכל התנאים החלים עלינו ואשר יחולו עלינו. אנו מסכימים באופן בלתי חוזר כי הבן הממשיך הנ"ל יבנה בית לגור בו בשטח המשק הנ"ל בתנאים המקובלים ... במינהל מקרקעי ישראל לגבי בניית בית נוסף לבן ממשיך. הצהרה והתחייבות זו ניתנים על ידינו בתמיכה לבקשה של הבן הממשיך הנ"ל להתקבל כמועמד להתיישב במשק הנ"ל במעמד של בן ממשיך. ברור כי הבן הממשיך הנ"ל יחזיק בבית המגורים במשק שיבנה כאמור מכוחנו, ואין מסמך זה בא לשנות בכל צורה שהיא את האמור במסמכים שחתמנו לכם בקשר למשק הנ"ל. הצהרה והתחייבות זו הינם בלתי חוזרים בהיות זכויות בן הממשיך הנ"ל תלויות בו, ולראיה באנו על החתום ..."

בהמשכו של אותו מסמך חתומים בני הזוג על הנוסח דלהלן -

הצהרה והתחייבות הבן הממשיך

אנו החתומים מטה שנינו וכל אחד לחוד מבקשים ומסכימים בזאת להיות בן ממשיך במשק ... במושב ... כפי שתאשרו אותנו בכפוף לתנאים המקובלים והנהוגים אצלכם ואנו מסכימים לכל האמור בהצהרה ובהתחייבות הבלתי חוזרת הנ"ל של הורינו המתיישבים במשק הנ"ל. ולראיה באנו על החתום תאריך 1.2.90.

בשולי המסמך ניתן אישור של הסוכנות היהודית כדלהלן - "אנו מאשרים הבן הממשיך בכפוף לאמור בהצהרות והתחייבות המתיישבים והבן הממשיך הנ"ל".

ב. בנוסף לכך נמצא בתיק עותק מהסכם שנחתם בתאריך 20.2.90 בין ההורים (המוגדרים בהסכם כ"המתיישב"), ובין מינהל מקרקעי ישראל והמושב. ההסכם נחתם לאחר שהתקבל האישור להקים את המבנה הנוסף במשק, ובהסכם זה נקבעה המתכונת בה נבנה מבנה זה. בהסכם נאמר (בין השאר הסעיפים) -

... והואיל והמינהל מוכן להרשות למתיישב להקים על שטח הנחלה ... יחידת מגורים נוספת בתנאים המפורטים להלן ...

2. יחידת המגורים הנוספת תהא מיועדת למגורים של בני משפחתו של המתיישב בלבד ולא תשמש לכל מטרה אחרת.

להכנס למתכונת המקובלת של "בן ממשיר". על כן עלינו לקבוע שהמעמד הנוכחי של המחזיקים בזכויות במשק הוא כדלהלן -

א. הבעלות הקניינית המוחלטת היא של מינהל מקרקעי ישראל, והמינהל הסמיך את הסוכנות לקבוע את "בעל הרשות" ובמידת הצורך את מי שיכנס למעמד של "בן ממשיר".

ב. הורי הבעל הינם בעלי הזכויות בכל המשק במעמד של "בר רשות", מעמד שמשמעו חכירת המשק לשימוש מלא בכל שטח המשק ללא הגבלת זמן, ואפשרות בניה בכפוף לאישור בעלי הקרקע.

ג. בני הזוג שניהם במעמד שוה של "בן ממשיר", שמשמעו, התחייבות כל הנוגעים בדבר להעברת הזכויות המלאות במשק לאחר קץ אריכות ימי ההורים, ל"בן הממשיר" בלבד וללא שותפות שאר יורשי ההורים. עד למועד מימוש הזכות הנ"ל, הם בעלי זכות מגורים בבית שנבנה עבורם בתוך המשק.

2. נראה שהן מבחינת ההלכה והן מבחינת החוק אין כל ריעותא בכך שהעברת הזכויות לבן הממשיר לא נעשתה בדרך המקובלת של צואה, מאחר ובמצב כזה, לאחר פטירת ההורים, הבן הממשיר אינו זוכה במשק ישירות מהוריו מכח מעמדו כיוורש, אלא בעת פטירתם פקע חוזה החכירה בין בעלי הקרקע להורים, וקיימת התחייבות של בעלי הקרקע (קרי, המינהל) להחכיר את המשק למי שנקבע מראש במעמד של "בן ממשיר". ומילא בבוא העת הבן יזכה ישירות מבעלי הקרקע. (גם ערכאות המשפט החילונית מתייחסות כך למעמד הבן הממשיר ועל כן בעת קביעת הבן הממשיר, אין צורך בעריכת צואה העומדת בדרישות חוק הירושה).

3. במכתבו של עו"ד גדרון בסעיף 2.ב.6 נאמר - "מינוי הבן הממשיר ניתן לביטול בהסכמת הצדדים, ההורים והבן הממשיר. ובאין הסכמה בהתאם להחלטת בית המשפט המוסמך".

הרי שקביעת ההורים את הבן כ"בן ממשיר", הינה בגדר **הכרזה** על הבן הממשיר, כמי שהוסכם על כל הצדדים, לרבות בעלי הקרקע, לראותו כבעל הנחלה לאחר קץ אריכות ימי ההורים. אך זוהי הכרזה בלבד, אמנם הכרזה שלא ניתן לחזור ממנה ללא טענה של שינוי נסיבות מהותי, אך אין לראות את קביעת מעמדו של הבן כ"בן ממשיר", כמעשה שבמהותו הוא במתכונת של מתנה חלוטה הניתנת לבן על ידי הוריו. ועל כן המעמד של הבן כ"בן ממשיר" יוכל להתבטל, במסגרת דיון משפטי, אם יוצגו טיעונים משפטיים כדי משקל. ובתשובה לשאלתי (בשיחת טלפון) נאמר לי ע"י עו"ד גדרון, שבמצב של שינוי נסיבות מהותי, כגון גירושין, או פטירת הבן הטבעי בחיי הוריו בהשאירו את בת הזוג לבדה כ"בן ממשיר", קיימת להורים האפשרות לבקש מבית המשפט המוסמך, לדון בביטול מעמד הבן הממשיר מבית הזוג, ויתכן שהבקשה תתקבל.

ה. עם אישור הסוכנות היהודית הופך המינוי לבלתי חוזר כיוון וזו התחייבות בלתי חוזרת של ההורים המאושרת בהתחייבות הסוכנות היהודית.

6. א. (1) ההורים הינם בעלי זכויות החזקה במשק עד קץ אריכות ימיהם והינם בעלי מלוא זכויות השימוש והחזקה במשק בתנאים החלים על כל בר רשות. ובתוספת הגבלה המונעת מהם לפעול באופן שירוקן מתוכן את התחייבותם כלפי הבן הממשיר.

(2) לאור העובדה כי זכות הבן הממשיר הינה זכות עתידית, הרי לבן הממשיר ולבן הזוג, במידה ונבנה עבורם בית במשק, זכות שימוש וחזקה מאת ההורים בבית זה בלבד.

(3) לבן הממשיר זכויות כלכליות במשק הנובעות מהסתמכותו על מינויו הבלתי חוזר כבן ממשיר, הסתמכות המתבטאת בהשקעות כספיות לבניית בית לבן ממשיר ובויתור על אפשרויות והשקעות במקומות אחרים.

(4) זכות כלכלית זו ניתנת לכימות ופדיון כספי.

(5) יוצא איפוא, כי להורים זכות החזקה והשימוש בכל המשק ולבן הממשיר שמורה זכות זו שהוענקה לו על ידי הוריו רק לשימוש בבית שנבנה עבורו, זכות שהינה בת-ערך כלכלי, אולם אינה פוגעת בזכות בר הרשות של ההורים בכל שטח המשק.

ב. (1) לאחר אישור הסוכנות היהודית למינוי הבן הממשיר מדובר בהתחייבות בלתי חוזרת.

(2) מינוי הבן הממשיר ניתן לביטול בהסכמת הצדדים, ההורים והבן הממשיר. ובאין הסכמה בהתאם להחלטת בית המשפט המוסמך.

ג. (1) התחייבות לקביעת בן ממשיר הינה התחייבות עתידית אישית כלפי הבן הממשיר לשימוש במשק לאחר קץ אריכות ימים של ההורים.

(2) זכות זו אינה סחירה ואינה עבירה ואין הבן הממשיר יכול למוכרה או להעבירה לאחר, שהרי מקור זכותו הינה בהתחייבות ההורים כלפיו, בלבד.

עד כאן קטעים עיקריים ממכתב זה, המבהיר את המעמד שנקבע שלכל אחד מהנוגעים בדבר.

בירור חלקו של כל אחד מבני הזוג בנכס

בטרם נקבע את זכויות האשה בנכס, נקדים שלש הקדמות.

1. ההנחה הראשונה העומדת בבסיס קביעת מעמדם של הצדדים ברכוש זה היא, שבפנינו שותפות מסויימת במשק, השותפות מורכבת מהורי הבעל ומבני הזוג, ומלכתחילה כל אחד מהצדדים הנוגעים בדבר, השתלב במשק, בכפוף לכללים שנקבעו על ידי מינהל מקרקעי ישראל בעלי הקרקע והסוכנות היהודית, המסדירים את היחסים בין "בן ממשיר" להוריו בעלי משק במעמד "ברי הרשות". וכך עולה ממסמך ההתחייבות שחתמו עליו, שכל הנוגעים בדבר הסכימו

חוזרת. ולכן עומדת האשה על זכותה לקבל בשעת מות הורי הבעל מחצית מכל המשק כאמור בהתחייבויות המצורפות". ולהסיר כל ספק, עלינו לקבוע שכל תביעה המתייחסת להורי הבעל אינה נידונה במסגרת הנוכחית, וזאת משני טעמים. ראשית, הורי הבעל לא חתמו על מסמך המסמיק את ביה"ד לדון בעניינם, ומלכתחילה לא היו צד לדיון, ולא התבקשו להשמיע את עמדתם בבית הדין. שנית, מאחר שהתביעה (שהעלה ב"כ האשה בסיכומיו) אינה מתייחסת לתקופה הנוכחית, אלא לתקופה בעתיד הרחוק לאחר אריכות ימיהם, הרי שאין מקום שינתן כעת פסק דין המתייחס להיבט זה של הנושא.

כפי העולה מטענות ב"כ האשה, היא אינה מעוניינת להתגרש במתכונת הנ"ל, ומבקשת שבכרוך לגירושין תפורק השותפות הנוכחית עם בעלה בזכויות נכס הנ"ל.

אמנם, לכאורה פירוק השיתוף יתכן בשתי דרכים בלבד. א. הבעל יקנה ממנה את חלקה בשותפות, והיא תסתלק ממעמדה כבן ממשיך. ב. האשה תקנה מהבעל את חלקו בשותפות, והוא יסתלק ממעמדו כבן ממשיך.

אין אפשרות שלישית למכור את השותפות לגורם שלישי, ולחלק את התמורה שתתקבל בחלקים שונים.

גם הדרך השנייה אינה נראית מעשית, מאחר וסביר מאד שלאחר הגירושין, הורי הבעל יפתחו במערכה משפטית לסלקה ממעמדה כבן ממשיך, ואין טעם לקבוע כעת חלוקת שותפות העומדת על כרעי תרנגולת, ומאחר שדרך זו של חלוקת השותפות כעת נבחרה על מנת לחסוך את המערכה המשפטית לאחר הגירושין, אין מנוס מלקבוע שהדרך הסבירה במקרה זה, היא לפרק את השיתוף בדרך של השארת הבעל כבן ממשיך יחידי, בתמורה לתשלום חלק האשה בשותפות זו.

השאלה העומדת בפנינו היא כיצד לחשב את חלקה של האשה בשותפות זו. וכשאלה מקדימה עלינו לשוב ולקבוע את הנושא מבחינה עקרונית, ואח"כ לדון במקרה שלפנינו. ועל כן נקדים לברר מבחינה עקרונית, מהו הערך חלקו של "הבן הממשיך" בשותפות הכוללת במשק.

מעמד ה"בן הממשיך" כולל שני מרכיבים. א. מרכיב ההשקעות שהבן הממשיך השקיע במשק שגובש לרכוש מוגדר כבר כעת. ב. מרכיב הערך של עצם הסטטוס, המעמד של הבן הממשיך בתוך המסגרת של המשק, ומתוך ידיעה שהוא כבן ממשיך עומד לקבל בעתיד את כל המשק.

ביחס למרכיב הראשון - נראה שיש לדון את ה"בן הממשיך" בגדר של - "יורד לשדה חבירו ברשות", ודינו מבואר בשו"ע חושן משפט סי' שעה סעיף ד' - "היורד לשדה חבירו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה, ואם השבח יתירה על ההוצאה, נוטל השבח", ונוטל בשבח כשאר אריסי העיר, וכמבואר שם בסמ"ע ובביאור הגר"א.

אילו קביעת הבן הממשיך, היתה מוגדרת כמתנה חלוטה של ההורים, לא היה ניתן לבטלה, כשם שהורים אינם יכולים לבטל מתנה שנתנו לבני זוג בעת נישואיהם, (כגון רכישת דירה עבורם), בטענה המסתמכת על אירוע שארע לאחר זמן. ועיין שו"ת הריב"ש סימן שא וחלקת מחוקק סי' צט סק"ז שכתבו - "אלא מעתה מאן דיהיב מתנה למאן דרחים ליה, ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעולם", וכפי הידוע, עקרון זה מקובל גם במערכת המשפט האזרחית. ועל כן עלינו לראות את הצדדים שנכנסו לשותפות כזו של מעמד "בן ממשיך" בתוך מסגרת של משק בו ההורים "ברי רשות", כמצב שבו כל הנוגעים בדבר הסכימו מראש, שעצם המעמד של הבן הממשיך יוכל להתבטל במידה שיחולו שינויי נסיבות מהותיים.

נחזור למקרה העומד בפנינו. לכאורה מבחינה עקרונית, עומדות בפני האשה שתי אופציות שונות. אפשרות אחת היא שתבקש להתגרש בלא הסכם עם בעלה על פירוק השיתוף ברכוש המשותף, אלא הקפאת המצב. דהיינו גם לאחר הגירושין היא תשאר במעמד הנוכחי ותוכל לקבל מבעלה תשלום דמי שכירות בגין שימוש בלעדי בדירה שחציה שלה, ומאידך תמשיך לשלם חצי מתשלומי המשכנתא, לפירעון ההלוואה ששני בני הזוג התחייבו לפרוע. ולאחר קץ אריכות ימי הורי הבעל, הבעל אשתו יהיו כשותפים שונים בעלי הזכויות המלאות בכל המשק, ובאותו מועד תוכל האשה לבקש לפרק את השותפות, ומימוש חלקה בשותפות.

דא עקא, מאחר שלאחר הגירושין עומדת בפני הורי הבעל הזכות לפנות לבית המשפט המוסמך ולתבוע ביטול ההתחייבות של "בן ממשיך" כלפי גרושתו, בטענה דאדעתא דהכי לא התחייבנו, הרי שאם האשה תבחר בדרך זו של הקפאת המצב, היא נוטלת סיכון שזכותה כבן ממשיך עלולה להישלל בעתיד, אך אם אכן בית המשפט יפסוק שלילה כזו, באותו פסק דין יקבע פיצוי הולם במתחייב בהתאם לנסיבות (הקף ההשקעות של הבן הממשיך וכיוצ"ב).

בכל מקרה, ללא ספק שהצעד הנ"ל לא יינקט מצד הורי הבעל בטרם הגירושין, ואם יינקט הוא חסר סיכוי להצלחה, ועל כן אם האשה תבחר ללכת בדרך זו עליה להביע הסכמתה לסדור הגט, ולהמתין לאחר מכן להתפתחויות הצפויות. כמובן שדרך כזו אינה מומלצת לאשה, אך אם תחפוץ תוכל להודיע לביה"ד על רצונה בכך.

דברינו אלה יכולים להתייחס גם כתגובה לתביעה שנשמעה בבית הדין והמתייחסת להורי הבעל, תביעה הדורשת מהם לעמוד בהתחייבות הבלתי חוזרת שהתחייבו להעביר לה ולבעלה את המשק לאחר מותם. ב"כ האשה בסיכומיו שהוגשו בכתב טוען - "יוצא איפוא שהאשה זכאית לקבלת כל המשק בשעת מות הצדדים, (הכוונה הורי הבעל), ואין אפשרות לסגת מהתחייבות זו שהינה בלתי

הבלעדית, ואילו להורים יש את הקרקע שעליה הוקם המבנה.

יש לציין שבהסכם שנחתם בין ההורים לבין המינהל (מתאריך 20.2.90, והובא לעיל) נאמר - "יחידת המגורים הנוספת תהווה חלק בלתי נפרד מנחלתו של המתיישב". עיקרו של הסכם זה בא לקבוע כי בניית יחידת המגורים הנוספת אינה מפצלת את הנחלה, וההורים ממשיכים להיות הבעלים הבלעדיים על הנחלה במלואה. ועל כן לא ניתן לראות בכל ההליך שנעשה, הקנאת הקרקע לבעלות "הבן הממשיך", אלא אדרבה, קיימת הכרזה הפוכה הקובעת שהנחלה במלואה נשארת באותו מעמד. והסכם זה הוא הקובע את הבעלות, מאחר ונערך לפי דרישת בעלי הקרקע והיינו מינהל מקרקעי ישראל.

אמנם מרוח הדברים באותו מסמך, וכפי שצויין לעיל, היה מקום לקבל את האפשרות הראשונה, שהצגנו לעיל, הקובעת את הבן הממשיך כ"יורד ברשות" בלבד, ואף המבנה ישאר שייך להורים בעלי המשק, והבן הממשיך יוכל לקבל את הוצאותיו בלבד.

אך מאחר שנראה שקיימת אומדנא דמוכח שמעיקרא כוונת ההורים והבן הממשיך היתה שהבית יהיה שייך לחלוטין לבן הממשיך, מאחר שהוא זה שבנה את הבית, ואין כל רמז למעשה של הקנאת הקרקע מצד ההורים לבן הממשיך, אין מצידם העברת הבעלות, ולו אף בעלות מצומצמת של "בר רשות" שיש להם בקרקע, על כן אין מנוס מהמסקנה שהגענו אליה שיש בפנינו שותפות, הבן הממשיך בעלים על הבית עצמו, וההורים על הקרקע. ואין בקביעת בעלות הבן הממשיך במבנה בלבד, משום פיצול נחלה, מאחר ובעלות זו היא במסגרת שותפות הניתנת לפירוק בתנאים מסויימים, אף בעל כרחו של הבן הממשיך, ועל כן אין כאן פיצול בעצם קביעת הבעלות של הבן על המבנה.

(אמנם אילו היתה בפנינו הוכחה למעשה-קניין בו הקנו ההורים לבן הממשיך את הקרקע שעליה עומד הבית, ובמתכונת של שותפות בנחלה, שותפות היכולה להתפרק על פי דרישת ההורים בעת שינוי נסיבות מהותי, היה עדיין מקום לדון בדבר ולבחון עניין זה שמא ההורים העבירו לבן הממשיך את כל מה שיש להם בקרקע שעליה נבנה הבית, ולדון אם יש ערך להעברת זכותם כ"בר רשות" ללא הסכמה של בעלי הקרקע - מינהל מקרקעי ישראל. אך בהעדר מעשה קניין ובהעדר הסכם המוכיח כוונה להעברת בעלות כלשהיא, מצד ההורים לבן הממשיך, לא ניתן לקבוע בעלות או זכות ממון של הבן הממשיך על הקרקע. משא"כ ביחס למבנה גופו, אין צורך בקניין או חוזה מצד הורים, מאחר שהמבנה נבנה על ידי הבן הממשיך, ודי בכך שהסכימו לעצם הבנייה ובצרוף האומדנא דמוכח (הנוכרת לעיל), על מנת שנקבע את הבעלות המוחלטת של הבן הממשיך בבית).

ב"כ האשה בסיכומיו טען להוכיח שהבעלות על הקרקע הינה של בני הזוג, וכפי שמוכח מהמשכנתא שקובעת

וז"ל המאירי במסכת בבא בתרא דף מב: - "היורד ברשות ר"ל שנתן לו רשות להשתדל בענייני קרקע זה אע"פ שלא פירש לו ליטע, אף בשאין עשויה ליטע שמין לו על העליונה ... אם שבח יתר נוטל שבח ואם הוצאה יתרה נוטל הוצאה. ואם נוטל רשות בפרט ליטע, נעשה כאריס ליטול חלק בפירות".

הרי מבואר שדין "יורד ברשות" כולל שני מצבים. מצב בו לא היתה הוראה מפורשת של בעל הקרקע ל"יורד", ומצב אחר, המוזכר במאירי, בו היתה נטילת רשות מפורשת. ולפי זה ה"בן הממשיך" שירד ברשות מפורשת מהוריו, ובנה בית במשק, אילו היה תובע את הוריו, היה נוטל את ההוצאה שהוציא. או יוכל לקבל אפילו כאריס, והיינו כקבלן בניין, אך היינו דוקא אם הבן בעל מקצוע ובנה בעצמו, אבל מאחר ובנ"ד הבן אינו קבלן בעצמו ומסתמא בנה את הבית באמצעות קבלן אחר. על כן יוכל ליטול את כל ההוצאות ששולמו לקבלן עבור בניית הבית.

ויש לציין, לכאורה על פי דרכנו זו, שמעמד ה"בן הממשיך" הוא כיוורד ברשות, עלינו לקבוע שהמבנה עצמו אינו שייך כלל לבן הממשיך שבנאו, אלא שייך להורים ומעמדו כשאר המבנים במשק (השייכים לבעלי המשק במתכונת שנקבעה ביניהם למינהל מקרקעי ישראל - "בר רשות"). ולמרות הבעלות המוחלטת של ההורים על המבנה, בהתאם לתנאים שנקבעו מראש בין הצדדים, בין ההורים לבן שבנה ברשות, ההורים התחייבו לאפשר לבן הממשיך לגור במבנה שבנה, וללא תשלום שכר דירה בתמורה.

אך נראה, שיותר נכון לקבוע שהבן הוא אמנם בגדר של "יורד ברשות", אך בנקודה אחת קיים הבדל בין דין יורד המוזכר בגמ' ובפוסקים למקרה שלפנינו. בנידון של "יורד ברשות", המפורש בפוסקים, מעולם לא היתה כוונת היורד ולא היתה כוונת בעלי הקרקע שהמטע שהיורד נטע או מבנה שהיורד בנה, יהיו שייכים ליורד, ומלכתחילה על דעת כן ירדו על מנת שהכל יהיה שייך לבעל הקרקע, ואנו פוסקים שידו על העליונה כמבואר בשו"ע, היינו דמסתמא היה מוסכם שהיורד יקבל תשלום מתאים בלבד ולא בעלות בגוף המטע או הבית. משא"כ במתכונת הנוכחית של "בן ממשיך" הבונה במשק של הוריו. קיימת אומדנא דמוכח, שהן ההורים והן הבן, הסכימו שהבן יבנה על קרקע של הוריו, והמבנה עצמו יהיה שייך לבן עצמו. (וכמו שקורה באם הוצב במקום זה קרוואן הניתן להזזה, שאז פשיטא שהקרקע אינה של בעל הקרוואן. כך כאן, למרות שהבית אינו ניתן להזזה, הבית גופו שייך למי שבנה אותו אך לא הקרקע).

הקרקע ממשיכה להיות שייכת להורים, מאחר ואין בפנינו הסכם או חוזה להעברת אותה קרקע לבן, הרי שהקרקע עומדת במעמדה הקודם בבעלות ההורים ("בר רשות"). וממילא קיימת כאן שותפות המחולקת בדרך זו, לבן יש את המבנה בלא הקרקע, וגם את זכות המגורים

הממשיך בנה. ערכו של חלקו של הבן במשק יכול לבוא לידי ביטוי במידה וההורים יבקשו למכור את המשק ולהעבירו לאדם אחר, (בכפוף להסכמת הסוכנות והמינהל), הבן הממשיך יוכל לתבוע ולקבל אחוז מסויים מהתמורה המתקבלת ממכירת המשק, וזאת בתמורה לביטול מעמדו כ"בן ממשיך" עם מכירת המשק. לאחר שההורים התחייבו כלפי הבן הממשיך התחייבות בלתי חוזרת למעמדו כבן ממשיך, מכירת המשק כולו לאדם אחר לא תוכל להתבצע ללא הסכמתו, ותמורת הסכמה כזו יוכל לקבל תמורה המתבטאת בהערכת מרכיב חלקו בכל המשק.

ואם נאמר כן, הרי שחלקו של ה"בן הממשיך" (בלא הערכת הבית שנבנה), אינה דומה בכל מקרה, ותלוי בהערכת ערך המשק כולו ומשך הזמן המוערך עד למועד בו יכנס הבן ויחליף את הוריו בבעלות המלאה במשק (כ"בר רשות"). וכמובן יש הבדל בין מי שהינו בן ממשיך בגיל 18 והוריו בגיל 40 לעומת בן שהוריו בגיל 90.

הערכה מעין זו מצאנו במשנה במסכת מכות דף ג. לגבי מכירת כתובה בטובה הנאה - "מעידין אנו את איש פלוני שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובתה, והלא בין היום ובין למחר סופו ליתן לה כתובתה - אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו, שאם נתאלמנה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה".

ובגמרא "כיצד שמין אמר רב חסדא בבעל. רב נתן בר אושעיא אומר באשה. אמר רב פפא באשה ובכתובתה". ועיי"ש ברי"ף שפרש שהערכת גובה התשלום מושפעת מגילו של הבעל ובריאותו, גילה של האשה ובריאותה, וכן בהערכת היכולת הכלכלית של הבעל לעמוד בגירושין הכרוכים בתשלום כתובה.

ויעויין באגרות משה חלק או"ח ד' סי' עו שבתוך דבריו כתב - "מצינו בגמ' (מכות ג.) מכירה דטובה הנאה בכתובה, שנישום לפי סך הכתובה ואיכות הספק דמיתה וגירושין, שתלוי בבריאות הבעל והאשה, ובאופן חייהם אם בשלום גמור או כשאיכא לפעמים קטטה, ואם יש נכסים להבעל, וכן כל מכירת שטר שלבד ענין המתנת הזמן, איכא ספק קצת לפי מצב הלוח בנכסים ולפי נאמנותו, וכן הוא שייך שומא לשיווי שומת ספק זה בקוטנו וגדלו".

אך נראה שאין להשוות בין נידון דידן לנידון מכירת כתובה בטובה הנאה. שם הכתובה נמכרת תמורת תשלום שהוא אחוז מסויים מערך הכתובה, וכבר כעת נעשה קניין ברור מצד הקונה לקנות את הזכות לגבות את הכתובה בבוא העת. משא"כ כאן בדרך כלל המעמד ניתן ללא תמורה, ואופי ההסכם של ההכרזה על "בן ממשיך", אינו אופי של רכישת זכויות מצד הבן הממשיך, אלא אדרבה, הוא רק מקבל זכות לבנות בית לגור באותו בית. בשל כך, מאחר שעיקרה של קביעת המעמד של "הבן הממשיך" הינה הכרזה גרידא, על הבן שיקבל את הנכס לאחר פטירת ההורים, הכרזה המקנה לו זכות מגורים, אך אין כאן

שיעבוד הנכס לטובת הבנק למשכנתאות. ולטענתו מאחר והמישכון הוא על הנכס לטובת הלואה שנטלו בני הזוג, הרי שהקרקע ג"כ שייכת להם. והוסיף וטען בדיון, שמאחר ובמקרה של אי תשלום המשכנתא, הבית ילקח ע"י הבנק, הרי מוכח שכל הבית עם הקרקע שייכת להם בלבד.

מעיון בחומר שבתיק במסמכים המתייחסים לנושא המשכנתא, עולה בבירור שאמנם הנכס כולו לרבות מרכיב הקרקע משועבד לחוב, אך אין בכך כל ראייה לבעלות בני הזוג על הקרקע. אלא מאחר ובעלי הקרקע, דהיינו המינהל, והמחזיקים בקרקע כ"בר רשות" דהיינו ההורים, הסכימו לשעבד את הקרקע לחוב, ושיעבדו את הקרקע למרות שלא נטלו לעצמם את ההלואה, על כן חל השעבוד גם על הקרקע. ואין כל ראייה מזכותו של הבנק לגבות את חוב במימוש הנכס, לבעלות בני הזוג על מרכיב הקרקע.

סיכומו של דבר הוא - שקיימת שותפות של ההורים עם ה"בן הממשיך", בית לבן וקרקע להורים, על כן בתנאים מסויימים בו תישמע טענה על שינוי נסיבות מהותי, הם יכולים לתבוע פירוק השותפות וחלוקתה. ומכיון שמעמדם בכל המשק עדיף על מעמדו של הבן, על כן הם יוכלו לתבוע במסגרת פירוק השותפות סילוק הבן והשארתם כ"בר מצרא", ולטעון לשלילת פירוק השותפות בדרך הפוכה, דהיינו בדרך של סילוקם מהקרקע עליה עומד המבנה לאחר פיצוי הולם.

על כן יש לקבוע שבני הזוג הינם שותפים מלאים במבנה שבנו במשק במושב. ופירוק השותפות יעשה בדרך של תשלום של לאשה את ערך חלקה בבית. השותפות כוללת את המבנה בלבד ללא מרכיב הקרקע. יש למנות שמאי מוסמך שיקבע מהו ערך בית עם קרקע במקום דומה, ומהו ערך הקרקע בלבד, וההפרש בין הסכומים יתן את מחיר הבית ללא מרכיב הקרקע.

האשה זכאית לקבל מחצית מסכום זה, ולאחר התחשבות בנושא המשכנתא.

ביחס לתשלום המשכנתא, מאחר ושניהם נטלו הלואה זו כשותפים בחלקים שווים, על כן עליהם לפרוע חוב זה בחלקים שווים גם בעתיד. ועל כן קיימת אפשרות ששני הצדדים ימשיכו לשלם את חובם לבנק למשכנתאות. אך מאחר ודרך זו עלולה להביא לבעיות רבות בהמשך הדרך, יש לקבוע שהחוב שנותר לתשלום לבנק ינוכה מערך הבית, ויוחזר לבנק, והאשה תקבל מחצית מהסכום הנותר. ולחילופין הבעל יוכל להעביר את החוב על שמו, ולשלם לאשה את מחצית הסכום של ערך הבית לאחר הניכוי הנ"ל.

הערכת המרכיב השני של עצם הסטטוס של "בן ממשיך".

לכאורה, היה מקום לדון שלאחר שניתן המעמד של "בן ממשיך", לבן בלבד או לבן יחד עם זוגתו, יש ערך כלכלי למעמד זה, גם בלא להתחשב במרכיב של הבית שהבן

ונראה שבנידון שלפנינו אין נפקא מינה אם האשה תחוייב בגירושין, (כגון אם הבעל יוכיח את טענותיו שהעלה בדיון האחרון), או יתגרשו בהסכמה ללא שניתן פס"ד לחיוב גירושין. ואם האשה אינה תובעת תשלום דמי כתובה, אין צורך לקיים דיון בשאלת חיוב הגירושין.

רכישת זכויות מהותיות במשק כבר עכשיו. ורק לאחר אריכות ימי הורי יקבל זכויות שיועברו לו על ידי בעלי הקרקע, - מינהל מקרקעי ישראל. על כן בעת ביטול מעמדו כבן ממשיך יש לקבוע פיצוי המוערך על פי היקף ההשקעות במשק בלבד, ובהתאם למה שהתבאר לעיל.

סימן נ

שוכר שצבע את הדירה שלא בידיעת המשכיר

אב תשנ"ד

לפול, ובנה בו והחזיקו והצילו מסכנת נפילה וסיידו וכיידו. וכשבא ראובן הוציא לשמעון מביתו כי אמר שבתחילה נכנס שלא ברשות, אם חייב ליתן לשמעון השבח כי אילו לא בנאו היה נופל או אם אין לו אלא הוצאה".

"תשובה. כיון שהיה רעוע וקרוב ליפול אין ראובן יכול להוציאו עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא להחזיק את הבית ולהצילו מנפילה, אבל מה שבנה שלא היה צורך לבנות, כגון שבנה חדרים וסייד וכייד זה עשה להנאת עצמו ואין ראובן חייב לפרעם לו, אלא אומר לו טול עצרך ואבניך", עכ"ל.

הרמ"א ב"ח"מ סי' שעה ס"ו הביא להלכה את תשובת הרא"ש.

ועיי"ש ברא"ש שהמקרה היה שגם קודם לכן הבית היה מסוייד אך מכיון שהכותל היה מעופש היה צורך לקלף את הסיד ולסיידו מחדש, ומבאר הפרישה שטענת שמעון היא שהוא לא הוסיף דבר חדש בצביעה, אלא החזיר את המצב לקדמותו שהבית יהיה מסוייד וצבוע כראוי, וגם על טענה זו השיב הרא"ש - "למה נחייב לבעל הבית לפרוע יכול לומר איני רוצה להוציא מעותי בו כיון שהבית יכול היה להתקיים בלי אותו בנין, אם בנית להנאתך טול עצרך ואבניך".

יש מקום לבאר תשובה זו של הרא"ש בשתי דרכים -

א. הפטור מתשלום על סיווד וכיוד הוא מפני שביחס לסיווד וכיוד אין דנים אותו אפילו כיורד שלא ברשות, ומטעם שבאר הרא"ש "זה עשה להנאת עצמו". היורד לחצר חבירו, כוונתו להשביח את נכסי חבירו. עיין בלשון הש"ך סי' שצא סק"ב שכתב "וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו", משא"כ כאן שכוונתו להנאת עצמו בלבד.

לפי זה בנידון דידן שהשוכר ודאי צבע את הדירה מתוך כוונה שהוא עצמו יתגורר בדירה צבועה כראוי, אין לדון כאן מדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות, ועל כן המשכיר פטור מתשלום עבור הצביעה, וזאת עפ"י מש"כ הרמ"א בסי' רסד ס"ד שאם אדם הוציא הוצאות עבור עצמו ועבור חבירו ולא הוסיף בהוצאות עבור חבירו, וכל ההוצאות שהוציא עבור עצמו הועילו גם עבור חבירו, אינו צריך לשלם לו הוצאותיו, זה נהנה וזה לא חסר פטור.

פרטי המקרה

המשכיר השכיר דירתו לחבירו, וכעת תובע תשלום שכר הדירה עבור מספר חדשים שעדיין לא שולם עבורן שכר הדירה. השוכר מעכב את התשלום, לטענתו המשכיר חייב לשלם לו סכום כסף, עפ"י טענות שיבוארו להלן.

השוכר צבע את הדירה ומבקש מהמשכיר שישתתף בהוצאות הצביעה. לדבריו, בתחילת תקופת השכירות סוכם ביניהם, ביחס לשנת השכירות הראשונה, שהשוכר יצבע את הדירה ושניהם יחלקו ביניהם את ההשתתפות בהוצאות, ואכן כך היה. לאחרונה בשנה זו שהיא השנה השנייה להשכרת הדירה, בערב פסח האחרון השוכר צבע את הדירה ללא ידיעת המשכיר, וכעת הוא תובע ממנו השתתפות בהוצאות אלו. המשכיר טען, שלדעתו הצביעה לא היתה נחוצה. ומאחר שהוצאה זו לא הוסכמה ביניהם לפני מעשה, אין עליו לשלם עבורה.

לעומתו טוען השוכר שתי טענות, ראשית, לדבריו הצבע הקודם כבר התקלף והצביעה היתה נחוצה. ועוד טען שקיים מנהג אצל בני משפחתו לצבוע צביעה מקיפה בבית כל ערב פסח. ולכן מכיון שהצביעה היתה נחוצה, לא מצא לנכון להודיע דבר למשכיר.

כעת השוכר מעכב בידו את הסכום שדורש מהמשכיר כדמי השתתפות בצביעה, מחצית מהתשלום ששלם לצבע, ומבקש שההוצאות יתחלקו בין שניהם בחלקים שווים כפי שהוסכם בין הצדדים לפני הצביעה הראשונה.

המשכיר הוסיף לטעון, שאילו היה מתגורר בעצמו בדירה, לא היה צובע את הדירה, והוסיף לטעון, שהתשלום שהשוכר שילם לצבע, היה סכום גבוה מהמקובל.

יורד לשדה חבירו שלא מדעתו - ביאור תשובת הרא"ש

השאלה העיקרית העומדת בפנינו היא, האם יש לדון את השוכר כיורד לשדה חבירו. את"ל שדינו כיורד, יש לדון האם דינו כיורד ברשות או שלא ברשות.

נפתח בתשובת הרא"ש המובאת בטור חו"מ סי' שעה.

ז"ל הטור - "שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ראובן היו לו בתים והלך מעירו, ובא שמעון ודר בהם, וראה שהבית רעוע ונוטה

באר תשובת הרא"ש, שביחס לסיוד וכיוד אנו דנים את הבית כשדה שאינה עשויה ליטע. מבואר מדבריו שסעיף זה נכלל בהלכה של יורד לשדה חבירו שלא ברשות, אלא שהרא"ש פטר את ראובן מהוצאות הסיוד והכיוד מכיון שביחס לסיוד וכיוד הבית נחשב כאינו עומד לשם כך.

וכן כתב בערוך השלחן סעיף יב בביאור תשובת הרא"ש - "אם דבר זה היה הבעה"ב מוכרח לעשות שמין לו וידו על העליונה, דנהי שירד שלא ברשות מ"מ הרי עשה לו טובה ולמה יפסיד, אבל דבר שאינו הכרח לעשותו, או שהבעה"ב לפי מצבו אין ביכולתו להוציא הוצאות כאלו, אין צריך לשלם לו ויכול לומר לו טול מה שעשית ולך, וכן נראה עיקר לדינא".

ולפי זה, מש"כ בתשובת הרא"ש "זה עשה להנאת עצמו", אינה הנקודה הקובעת, ואפילו אם שמעון לא היה דר כלל בבית נמי דינא הכי, אלא שכוונת הרא"ש בזה שאין ראייה ממעשיו של שמעון שגם ראובן היה נוהג כך, אלא המעשה הוא אינו הכרחי ונעשה להנאת שמעון בלבד.

וכן בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' ר' דן בעובדא שהשוכר שכר בית לעשר שנים ולאחר כמה חדשים החליף את החלונות שבבית בחלונות חדשים ויקרים, ואח"כ תבע השוכר מהמשכיר את הוצאותיו. בתחילת דבריו כתב האמרי יושר לדון את השוכר כיורד לשדה חבירו שלא ברשות דמשלם הוצאה כשיעור שבח.

וכתב בתשובת האמרי יושר - "ולכאורה היה אפשר לומר דנידון דידן לא דמי ליורד לשדה חבירו שלא ברשות, דשם הוא יורד לכך להשביח לבעל השדה, אבל הכא עשה הדבר להנאתו שהוא צריך לישב בשכירות עשר שנים ורצה בחלונות גדולים, וכעין שכתב הרמ"א סי' רסד ס"ד דאם נראה לבית דין שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבד היה צריך להוצאות אלו, אין צריך ליתן לו כלום דזה נהנה וזה אינו חסר יעו"ש".

האמרי יושר דוחה סברא זו ודעתו דאף בכה"ג נידון כיורד שלא ברשות כמבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל אלא שיכול לומר לו טול עציץ ואבניך. ומוסיף האמרי יושר - "לא דמי להא דסי' רסד, דשם הוציא הוצאות בשבילו בלבד דנתן מעות לשרים בשבילו ואגב ניצול גם חבירו, אבל הכא עשה הדבר בבית חבירו, אף שהבית מושכר לו ודאי עשה על דעת בעה"ב, והוי כמו שם בסי' רסד בירד על דעת שניהם דחייב לשלם לו יעו"ש. וקצת צ"ע לשון הרא"ש הנ"ל "זה עשה להנאת עצמו" כו' דהא אין זה טעם כלל לפטור, רק משום דיכול לומר לו טול עציץ ואבניך ולמה כתב כלל טעם זה וצ"ע" עכ"ל האמרי יושר. ועיי"ש במסקנתו שיכול השוכר ליטול החלונות הישנים כתמורה להוצאותיו וכן דן אם יוכל ליטול חזרה החדשים ולהחזיר הישנים.

עכ"פ העולה מדברי האמרי יושר, שיש לדון גם בנידון דידן את השוכר כיורד לחצר חבירו שלא ברשות.

ולפי סברא זו נפרש את דברי הרא"ש כך - ביחס להוצאות ששמעון הוציא על הבית להצילו מנפילה יש לחייבו, כמו הדין המבואר בסי' רסד ס"ג בשטף נהר חמור חבירו והצילו שיש לו שכרו, וה"ה הכא שהציל ביתו מנפילה. אבל ביחס לשאר ההוצאות שהוציא, מכיון שהוציאן להנאתו, על מנת שיהיה לו בית מסוייד וכו' וכן הוסיף מחיצות בבית להרבות חדרים וכיוצ"ב, בכל אלו לא שייך לדונו כדין יורד מכיון שעיקר כוונתו לתועלת עצמו, וחבירו פטור מתשלום ההוצאות מטעם זה נהנה וזה לא חסר.

ב. ניתן לבאר את דברי הרא"ש, שאנו דנים אותו כיורד שלא ברשות ביחס לסיוד וכיוד ובניית חדרים, וביורד שלא ברשות לשדה שאינה עשויה ליטע יכול לומר לו טול עציץ ואבניך. ומש"כ הרא"ש "זה עשה להנאת עצמו", כוונתו שראובן טוען שהבית אינו עשוי לכך והוא מצידו אינו מעוניין בכך, ואף ששמעון סייד וכייד אין זו ראייה שהבית עשוי לכך ויכול לומר לו להנאתך עשית זאת.

ולכאורה נראה בדעת הנתיבות כדרך הראשונה שכתבנו. בסי' שעה סעיף ב פסק השו"ע - "אמר ליה בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו". וכתב בנתיבות המשפט שם סק"ב - "אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך, נראה דדוקא בכה"ג שיכול ליקח האילנות כמו שנתן, ולכך יכול לומר איני רוצה בהנאה זו ואיני רוצה ליהנות מזה, אבל כשאינו יכול ליקח הדבר ההוא כגון שצבע לו בגד ואי אפשר להעביר הצבע מחויב לשלם לו". וכן כתב הנתיבות בסי' שז סק"ז.

ואם נדון את שמעון (שבתשובת הרא"ש) כיורד לשדה חבירו שלא ברשות, מאחר ולמעשה שמעון אינו יכול ליטול מה שסייד, על כן לשיטת הנתיבות אין ראובן יכול לטעון שיטול עציו ואבניו. ואם למרות זאת הרא"ש פסק שראובן אינו חייב לשלם לשמעון עבור הסיוד והכיוד, ע"כ דלשיטת הנתיבות אין לדון דין יורד בעובדא דתשובת הרא"ש, והיינו טעמא כפי שהתבאר לעיל (בדרך א') מכיון ששמעון התגורר בעצמו בבית ראובן ולהנאתו שיפץ הבית.

אך לפי מש"כ בספר מנחת פתים (שיורי המנחה לסי' שעה) לישב את דברי הנתיבות דאינם סותרים לדברי הרא"ש, דהנתיבות איירי בצמר העשוי לצבוע, אבל בצמר שאינו עשוי לצבוע דינו כסיוד וכיוד שבתשובת הרא"ש שיכול לומר טול מה שעשית וצא. ואין ראייה שהנתיבות יפרש בתשובת הרא"ש שאין דנים את השוכר כדין יורד.

וכמו כן יש לציין שסברת הנתיבות אינה מוסכמת, דהקצות בסי' שז סק"ו (שהביא הנתיבות) חולק בזה וס"ל דאף בכה"ג יכול לומר לו טול השבח, וכן כתב החתם סופר בחידושו עמ"ס ב"מ דף טו. בדעת ראב"ן, וכן בספר אבן האזל הלכות שכירות פ"י ה"ד בדעת הראב"ד, וחזו"א ב"ב סי' ב' סק"ו.

וכן נראה מדברי כמה אחרונים שנקטו בדעת הרא"ש כדרך השניה שכתבנו. הגר"א בביאוריו בסי' שעה סק"יט

רק שיהיה חייב משום שצמרו נשתבח מממונו של חבריו, אז כיון דלא הוי ע"י מעשיו פטור. רק היכא שחבירו עשה ע"י כוונה להשביח או מחויב לשלם כיוורד שלא ברשות כמ"ש בש"ך שם ובנתיבות סי' שו וסי' שעג דבצבע וכל דבר שאינו יכול לסלקו לא יוכל לומר טול עציך וכו' ומחויב לשלם מה שנהנה. אבל בנעשה מאליו לא. וא"כ ה"נ כיון דהשוכר עשה התיקון לצורך עצמו ולא על מנת להשביח למשכיר ועכשיו אין השבח עוד בעין, דהא אנן קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בסי' שו, ואף לדעת הש"ך שם הוי ספיקא דדינא, א"כ כיון דכבר אין הדבר בעין אינו מחויב המשכיר לשלם הנאתו, עכ"ל.

העולה מדבריו, שלכאורה ניתן לדון לחייב מכח אחד משני טעמים שונים, מדין יורד או מדין נהנה ממון חבריו. ובוזה כתב שדין יורד לא שייך כשהיורד הוא שוכר כיוון שכוונתו לטובת עצמו, וכמו שציין ללשון הש"ך סי' שצא סק"ב שכתב "וטעמא ביורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו". אלא שלא הזכיר בדבריו את תשובת הרא"ש שהבאנו בראשית הדברים, אך נראה שיפרש את תשובת הרא"ש כדרך הראשונה שכתבנו.

מצד נהנה ממון חבריו, כתב החבצלת השרון שאין לחייב אי נימא דאין אומן קונה בשבח כלי, ולכן כיון שהמחבר בשו"ע פסק דאין אומן קונה בשבח כלי, הרי שלא דיינינן למשכיר כמי שנהנה מממון חבריו.

אך יש לדון שבנידון דידן שהשוכר מוחזק, לשיטת חבצלת השרון יוכל לומר קים לי כדעת הסוברים דאומן קונה בשבח כלי, או עכ"פ קים לי כהכרעת הש"ך דהוי ספיקא דדינא.

אך נראה שזה אינו, דמכיון שתשובת הרא"ש הובאה בטור ובב"י ללא חולק ונפסקה ברמ"א, הרי דע"כ ליתא לסברתו לתלות הענין בשאלה אם אומן קונה בשבח כלי ולכו"ע אינו חייב לשלם מצד שנהנה מממון חבריו, (וע"ע בש"ך סי' שו סק"ג שהרא"ש לא הכריע דאומן אינו קונה בשבח כלי, ולא הזכיר מתשובת הרא"ש הנ"ל).

בספר תשורת שי קמא סי' ריא (בדפוסים אחרים ריב) כתב - "ומ"מ צ"ע באם שמעון אינו דר שם ועומד המקום למכור או להשכיר, דעל ידי הסיוד וכיוד וכדומה שוה יותר, הרי יש בו שבח המגיע לכספים. והאי דינא דסי' שע"ה מתשובת הרא"ש שבטור היה המעשה דבעל הבית רוצה בעצמו לדור בו, ועיי"ש בבד"ה". ולפי הטעמים הנזכרים לעיל, דבריו צ"ע.

מסקנת הדברים

בתשובת הרא"ש מבואר, שאם אדם נכנס לביתו של חבריו ודר בו שלא מדעתו ושיפצו וסיידו וצבעו, אין בעל הבית חייב לשלם לדייר, אלא מה שעשה למניעת נזקים ולא מה שהוסיף לסייד והחליף הסיוד הקודם בסיוד חדש. ניתן לבאר את דברי הרא"ש שבנסיבות אלו אין דנים דין יורד

אך נראה דהוי כשדה שאינה עשויה ליטע, ויכול לומר לו טול מה שהשבחת וצא. ובנוסף לכך, המשכיר טען שהצביעה שהשוכר צבע היתה יקרה והוא לא חשב לצבוע צביעה כזו, ולענין טענה כזו כתב ערוה"ש וז"ל - "דבר שאינו הכרח לעשותו, או שהבעה"ב לפי מצבו אין ביכולתו להוציא הוצאות כאלו, אין צריך לשלם לו ויכול לומר לו טול מה שעשית ולך, וכן נראה עיקר לדינא".

ובכסף הקדשים סי' שיד ס"א כתב לדון שוכר המתקן קלקולי הבית שהיה הכרח לתקן כיוורד ברשות. וז"ל - "השוכר בית מחבירו נתקלקל התנור ודכוותי, נכון לו להראות לבקיאים ולתקן עפ"י בד"צ. ואם לא הראה לבקיאים ולא לבד"צ והוציא ותיקן וטוען שכן הוא הכרחי להדירה, גם אם אין בקיאים יודעים שכן הוא, טענתו טענה, אך מוטל עליו להשבע שכן הוא, גם שהמשכיר אינו טוען נגדו טענת ברי וכבסי נג במוציא הוצאות ברשות, ויכול לנכות מהשכירות שבדור".

בהמשך דבריו דן הכסף הקדשים האם השוכר נידון כיוורד ברשות, ובסוף דבריו כתב - "ואולי כל שוכר הוא כשותף או כבעל בנכסי אשתו דקיי"ל שהם כמוציא הוצאות ברשות, והרי גם השוכר יש לו פירות כמו בעל בנכסי אשתו, וצ"ל ע"י היטב".

אך אין ללמד מדברי כסף הקדשים לנידון דידן, שם לא היה ויכוח שאם אכן התנור נשבר מוטל על המשכיר לתקנו, אלא שקיים ספק האם אכן התנור נשבר, השוכר טוען טענת ברי והמשכיר אינו יודע. וביחס לשאלה זו דן כסף הקדשים אם היה רשאי השוכר לתקנו בלא הודעה למשכיר או לבי"ד, ובוזה כתב לדון שבתיקון כזה השוכר נידון כיוורד ברשות. משא"כ בנידון דידן אף אם האמת כמו שאמר השוכר שהצבע התקלף, עכ"פ במצב כזה לא היה מוטל על המשכיר לצבוע מחדש, ולענין זה ודאי גם כסף הקדשים מודה שאינו כיוורד ברשות.

לעומת זאת מצינו בתשובת חבצלת השרון (להג"ר דוד מ"מ באבד ז"ל) שכתב בחלק חו"מ סי' ל' ששוכר ששיפץ את הבית אינו אפילו כיוורד שלא ברשות. החבצלת השרון נשאל במי ששכר חנות והחנות נפגעה בעת מלחמה מפגזי תותח, השוכר תיקן את הנזקים ואח"כ תובע מהמשכיר את ההוצאות. לאחר שכתב שמצד הדין המשכיר אינו מחוייב בתיקון הנזקים כתב לדון האם עכ"פ יחוייב לשלם לשוכר את הוצאותיו מדין יורד או מצד שהמשכיר נהנה מממון השוכר.

וז"ל חבצלת השרון - "איברא לפי מש"כ התוס' ב"ק קא. ד"ה או דילמא בפירוש הבעיא דצבעו קוף, דהיכא דגופו אינו נהנה רק מממונו נהנה משל חבריו שלא ע"י מעשיו פטור, עיי"ש וביש"ש שם סי' כח ובש"ך חו"מ סי' שצא סק"ב, ורק אם יש שבח סממנים ע"ג הצמר דאז הוי כאילו הסממנים בעין ונהנה גופו בשעה שלובש ע"י מעשיו מממונו של חבריו, אבל אם אין שבח סממנים ע"ג הצמר דהוי כלייתנייהו

הנתיבות, וס"ל דליתא בכה"ג לסברת הנתיבות שכתב שבמקום שלא יכול לטול אינו יכול לומר כן. ויתכן לומר שבנידון דידן אף הנתיבות יודה וכמ"ש המנחת פתים שהנתיבות איירי רק בצמר העשוי להצבע.

ולכן לשתי הדרכים שבארנו את תשובת הרא"ש, גם בנידון שלפנינו מכיון שנראה ברור שהמשכיר אכן לא היה נכנס מעצמו להוצאה כזו של צביעה, ולטענתו כלל לא היה צובע, ואין מקום לפקפק בדבריו, על כן השוכר אינו יכול לתבוע ממנו דמי השתתפות בהוצאות הצביעה, ואינו רשאי לעכב בידו דמי השכירות מכח תביעתו.

לשדה חבירו שלא מדעתו, מפני שכל מה שעשה, להנאת עצמו עשה, כן נראה לבאר לפי שיטת הש"ך והנתיבות, וכן כתב בשו"ת חבצלת השרון ביחס לשוכר ששיפץ. ומכיון שדינו של הרא"ש נפסק ברמ"א ללא חולק, הרי דע"כ שקיימת סברא ברורה שלא לחייב מצד שבעל הבית נהנה מממון חבירו הדייר, ודלא כחבצלת השרון שנטה לדון לתלות הענין בשאלה אם אומן קונה בשבח כלי.

לפי הדרך השניה שכתבנו לבאר את תשובת הרא"ש, דמדין יורד אתינן, ואפילו הכי פטור מפני שיכול לומר לו טול עצרך ואבניך, וכן עולה מדברי ביאור הגר"א וערוה"ש, וכן צ"ל בדעת הקצות החשן ושאר האחרונים שחלקו על

סימן נא

תביעת בעל בית כנגד שכן שבנה שלא כדין

נקדים ונציין, שבמקרה שלפנינו ישנם שלשה צדדים לדיון, אך רק שנים בפנינו. שני צדדים הם - התובע הנתבע הנמצאים בפנינו, אך הצד השלישי הם בני רשות הרבים, שבשטחם הנתבע בנה את התוספת לדירתו, אך אינם צד לדיון. התובעים הראשיים היו אמורים להיות בני רשות הרבים, מאחר שהנתבע בנה בשטח ציבורי ללא רשות.

מתוך החומר שבתיק עולה שהעיריה יודעת על הבניה הבלתי חוקית שנעשתה, אך לא פעלה בתקיפות מטעמים השמורים עמה.

היה מקום לדון האם מוטל על בית הדין להיזקק להציל עשוק מיד עושקו, (ה"עשוק" במקרה זה הם בני רשות הרבים), שנציגו המוסמכים לא פעלו עד כה לשמירת זכויות הציבור והתרשלו במלאכתם.

נראה שבמקרה הנוכחי התובע יכול לעמוד לדיון הן כתובע המבקש לשמור על זכויותיו והן כאחד מבני רשות הרבים.

במשנה במסכת בבא בתרא דף ס. שנינו - "אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר" ובגמרא - "ר' אמי הוה ליה זיזא דהוה נפיק למבואה, וההוא גברא נמי הוה ליה זיזא דהוה מפיק לרה"ר, אתא לקמיה דר' אמי, א"ל זיל קוץ. אמר ליה והא מר נמי אית ליה. דידי למבואה מפיק, בני מבואה מחלין גבאי. דידך לרשות הרבים מפיק, מאן מחיל גבך".

וכתב בתשובות הגאונים - תשובות גאוני מורח ומערב סי' צה - "שמעינן מההוא דינא דר' אמי תלת. חדא דמאן דעבר ואפיק זיזא או רושן לרשות הרבים מחייב ליה למעקריה, מדקאמר ליה זיל קוץ. ושמעינן נמי דכל חד מבני רשות הרבים יכול לעכו"ב, מדקאמר אתו וקא מעכבי עליה, ואפילו מפייס להו לשיבבי לא שוי מידי כל עיקר".

הרי מבואר בגמ' ובתשובת הגאונים, שאין צורך שנציג מוסמך של בני רשות הרבים, כגון ראש העיר, יגיש תביעה,

בבית הדין התקיימו שני דיונים בתביעת התובע כנגד פעולות בניה שנעשו על ידי הנתבע.

ברשות התובע מבנה, בעיר העתיקה צפת. כעת המבנה עדיין חורבה, אך לאחר שיפוץ מתאים יוכל להפכו לדירת מגורים. לנתבע דירה סמוכה, הצמודה למבנה זה. בחזית של שני המבנים שטח ציבורי הרשום על שם העיריה, אך כעת אינו משמש לצרכי הציבור.

הנתבע הרחיב את דירתו ובנה חדר על השטח הציבורי הנ"ל שבחזית המבנה שברשותו. כתוצאה מהרחבה זו, כעת הנתבע ובני משפחתו, בעת הכניסה והיציאה מביתם, עוברים בשטח החזית שמול חורבת התובע.

עבודות בניה אלו, היו בלתי חוקיות שנעשו ללא רישיון בניה. ויתרה מזו, הבניה נעשתה על קרקע שאינה של הנתבע, אלא על קרקע השייכת לציבור.

בעקבות ההרחבה, התובע נפגע בכך שמול חזית המבנה שלו, קיימת דרך מעבר לדירת הנתבע.

התובע חושש שהנתבע ימשיך לבנות בשטח הציבורי שבחזית המבנה שלו ובכך יחסום את המבנה שברשותו.

לטענת התובע הפעולות הללו של הנתבע הפחיתו את ערך המבנה שברשותו.

התובע טוען שבנסיבות הנוכחיות הוא נמנע מלשפץ את חורבתו ולהפכה לדירה הראויה למגורים, מכיון שבמצב הנוכחי, לא משתלם להשקיע בשיפוץ, וערך הנכס שלו ירד.

בכתב התביעה, התובע דורש שבית הדין יורה לנתבע להרוס את החדר הבלתי חוקי שבנה ולהמנע מבניה נוספת בשטח שמול המבנה של התובע, ובדיון שהתקיים בבית הדין, התובע דרש להורות לנתבע להמנע מכל בניה בחזית חורבתו, ולהחזיר את הדלת לכיוון הרחוב, וזאת על מנת שלא ישתמש בחזית שלו. וכן להורות לנתבע להרוס את הבניה הבלתי חוקית שבנה בשטח השייך לעיריה.

וכן פסק השו"ע חו"מ סי' שעו, ועי"ש בסמ"ע דאף למ"ד דליכא לאו דלא תגזול בקרקע שאינה נגזלת, עכ"פ עבירה היא בידו. וע"ע בב"י בשם תשובת הרשב"א דליכא תקנת מריש בגזול קרקע, וע"ע במל"מ בהלכות גניבה (שם) שדחה את דברי המבי"ט, וכתב שאף בגזול שלא מדעת ליכא תקנת השבים ומחוייב להשיב את הקרקע לבעליה כפי שהיתה בתחילה.

מאחר שהנתבע מודה שגזול מהרבים, אין צורך בדיון נוסף לבירור העניין, ועליו להשיב את הגזילה אשר גזל לאלתר. ואם אינו משיב את הגזילה, מוטל על בית הדין להוציא גזילה מתחת ידו. על כן ניתן להורות לתובע שרשאי לפנות לעירייה או לגורמי חוק אחרים על מנת שיוציא את הגזילה מתחת יד הנתבע.

וכשם שהנתבע מנוע מלבנות בשטח שאינו שלו, כך התובע יהא מנוע מלהשתלט על שטח החזית שלפני המבנה שברשותו, וכל עוד לא קבל את האישור הנחוץ מהעירייה, אין לו רשות לעשות כל פעולה המשנה את פני הקרקע.

אלא כל אחד מבני רשות הרבים רשאי להגיש תביעה ותביעתו מתקבלת.

כמו כן מבואר שלא מועילה שתיקה ואפילו מחילה והסכמת שכנים אחרים. וכמבואר בגמ' "מאן מחיל גבך". אילו הנתבע היה מקבל אישור מעירייה לבנות, היה תוקף לאישור זה, מאחר שהם הנציגים המוסמכים של הרבים. ועיין ברמ"א סי' תיז ס"א ובסמ"ע סק"ד. אך בהעדר אישור מתאים, הנתבע נידון כמי שגזול את הרבים. וכיון שכן יש להורות לנתבע להשיב את הגזילה אשר גזל.

ח"ל הרמב"ם הלכות גניבה פרק ז' הלכה יא - "המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה הרי זה גולן ואם הסיג בסתר הרי זה גנב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול הרי זה עובר בשני לאוין בלאו של גניבה או של גזילה ובלאו של לא תסיג גבול רעך, ואין חייבין בלאו זה אלא בארץ ישראל שנאמר בנחלתך אשר תנחל".

סימן נב

תשלומי נזק עקב התנגשות בין שתי מכוניות

טבת תשנ"ז

ראובן לא סיים את חציית הצומת. אך שמעון העלה מספר טענות שהן בעיקרן אינן טענות ברי אלא טענות שמא, דהיינו שמא גם ראובן לא נהג כראוי. טענה ראשונה, שמא ראובן היה יכול להבחין בו בעת שהחל לחצות את הצומת אך לא התבונן כראוי לצדדים ואילו היה מתבונן כראוי היה מבחין בו ובולם רגע קודם. וכן נשמעה טענה שנטענה כטענת שמא, שיתכן וראובן לא בלם מיד כמתחייב ברגע שהבחין בו, אולי ראובן השתהה מעט מתוך הנחה ששמעון יספיק לחצות את הצומת בלא פגע עוד בטרם יגיע ראובן לתוך הצומת, ואילו ראובן היה בולם ממש מיידית, התאונה היתה נמנעת.

בסיכומו של הדיון, כל אחד מהצדדים תבע מחבירו את תשלום הנזק שנגרם לו, ובמידה שיתברר שהם מבוטחים בחברת ביטוח, יש לקבוע מי אשם בתאונה על מנת שהוא יחויב בתשלום של ההשתתפות העצמית וחבירו יפטר מכך. נחלק את דברינו להלן לשני חלקים. ראשית עלינו לדון הדין במידה שהעובדות מוסכמות כאמור, דהיינו שראובן נהג כראוי וכמקובל בין הנהגים בהתבוננות מספיקה, ובלם את רכבו מיד ברגע שהבחין בשמעון. ולאחר מכן נתייחס לטענות הנ"ל של שמעון דשמא העובדות לא היו כפי שטען ראובן.

- את החלק הראשון נחלק לשתי שאלות -
- א. מה הדין ביחס לנזק שגרם ראובן לשמעון.
 - ב. מה הדין ביחס לנזק שנגרם לראובן.

תאור המקרה

ראובן ושמעון נהגו כל אחד מהם במכונית. ראובן נהג בכביש הראשי ושמעון הגיע לכביש הראשי מסמטה צדדית מתוך כוונה לחצות את הכביש הראשי. בטרם חצה את הכביש הראשי, עצר שמעון בתמרור המורה לעצור, אך תיכף ומיד המשיך בדרכו לחציית הכביש הראשי ולא הבחין במכונית של ראובן הנוסעת בכביש הראשי והמתקרבת לצומת. בזמן ששמעון חצה את הצומת ראובן הבחין בו ובלם את רכבו על מנת למנוע את התאונה הצפויה. למרות שראובן בלם את הרכב, התאונה כבר לא יכלה להמנע וארעה ההתנגשות בין שתי המכוניות, שבה נגרם נזק לשתי המכוניות.

הצדדים הופיעו לדיון תורה שבמהלכו לא נשמעה הכחשה לעובדות הנ"ל. שמעון הודה שלא הבחין ברכבו של ראובן, ועל כן לאחר העצירה החל לחצות את הצומת. ראובן טען שנסע בכביש הראשי במהירות המותרת ומיד בעת שהבחין בשמעון החוצה את הצומת, בלם בלימת חירום כדי למנוע את התאונה, אך עקב נתונים טכניים שאין לו עליהם שליטה, דהיינו זמן התגובה ומרחק העצירה, הרכב המשיך בנסיעה מספר מטרים עד לעצירה המיידית, והתנגש בשמעון ובשל כך בנסיבות אלו הנזק היה בלתי נמנע.

שמעון הסכים, שהוא מצידו עבר על החוק בשגגה, בכך שנכנס לצומת בזמן שהיה עליו להמנע מלהכנס, כל עוד

א. הדין ביחס לנזק שגרם ראובן לשמעון

נראה שיש לדון את ראובן כמזיק באונס. מאחר שנסע במהירות המותרת, ובלם ברגע שהבחין בשמעון, הרי שביחס לנזק שרכבו גרם לשמעון, הוא אנוס באונס גמור.

בספר מילי דנזיקין (לרב אפרים בערנשטיין מברוקלין, עמ' קכו) הביא בשם הגר"מ פיינשטיין זצ"ל שפסק שנהג הנוהג במכונית וארעה תאונה, בסתמא יש לדונו כאונס גמור, מפני שיש להניח שהנהג ודאי נהג בזהירות הראויה שהרי כל תאונה עלולה לסכנו בנפשו, ורק כשיש טענה ברורה נגדו שנסע במהירות גדולה או נהג בשכרות וכדומה, יש לדונו כפושע.

נראה להוסיף ולבאר פסק זה. לכאורה ברוב תאונות הדרכים כשהנהג נהג ברכב כדרכו וארעה תאונת דרכים, גם אם התברר שהנהג לא עבר על חוקי התנועה, אך מסתבר שאילו היה נהג באיטיות ובהתבוננות יתירה היה מצליח למנוע את התאונה, ומדוע נדונו כאונס באונס גמור על הנזק שארע בתאונה.

אבל הביאור הוא כדלהלן. במסכת ב"ק דף כו: איתא - "תנא דבי חזקיה פצע תחת פצע לחייבו על השוגג כמזיד ועל האונס כרצון".

ולמרות זאת במסכת ב"ק ריש פרק המניח תנן "המניח את הכד ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור", ואין אומרים שחייב למרות שהוא אנוס. ואכן הקשו בגמרא "אמאי פטור איבעי ליה לעיוני ומיזל". ואוקמה שמואל למתניתין - "באפילה שנו". ולמסקנת הגמרא, טעם הפטור הוא משום דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, ולכן פטור על נזק שבירת החבית, וכן פסקו הפוסקים ובשו"ע סי' תיב ס"א.

מבואר שיש לפטור את המזיק אם התנהג בדרך המקובלת. ביחס לאדם המהלך רגלי ברשות הרבים מקובל שבעת הליכתו הוא אינו מתבונן בדרכים התבוננות מיוחדת, ולכן פטור על נזק שהזיק את הכד בתוך כדי הליכתו.

ואמנם ללא ספק שסברא זו שנאמרה בגמרא "אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים", נאמרה רק בהולך רגל ולא בנהג הנוהג במכונית. באדם ההולך ברשות הרבים, הטעם במש"כ "אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים" הוא כמ"ש הנמוקי יוסף "משום דאדם בעל מחשבות הוא ואגב טירדא דליביה לאו אורחיה לעיוני ומיזל", אבל ביחס לנהג הנוסע ברכבו בכביש, ההרגל הוא להיפך, מוטלת עליו החובה להתבונן בדרכים בכל הדרך שלפניו, מאחר שההזיק מצוי אם יסיח דעתו מהתבוננות בדרכים, מה עוד שמלכתחילה כל נהג מקבל את הרשות לנהוג רק על דעת כן שיתבונן היטב בדרכים.

והרא"ש כתב שם בסוגיא (בסי' א') בביאור "אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים", וז"ל - "לפי שכשאדם מהלך עיניו למעלה ואינו מסתכל תמיד לפני רגליו", ובודאי שביחס לנהג הנוהג במכונית אין מקום לומר שאין דרכו להסתכל בכל הדרך הנמצאת לפניו.

אך למרות זאת, די בהתנהגות המחויבת על פי חוקי התנועה ועל פי המקובל בין הנהגים, ולא ניתן לחייבו בטענה שהיה יכול לנהוג בזהירות חריגה מהמקובל, כשם שלא ניתן לבוא בטענה להולך הרגל ששבר את הכד מדוע לא התבונן התבוננות יתירה.

בביאור הטעם לפטור את האדם ששבר את הכד, אף דקיי"ל לחייב את השוגג כמזיד והאונס כרצון, כתבו התוספות בריש פרק המניח (כו: ד"ה ושמואל) - "הכא שנתקל מחמת מכשול ולא איבעי ליה לעיוני אנוס הוא. ואע"ג דלעיל מרבינן אונס כרצון באדם המזיק מפצע תחת פצע. אונס גמור לא רבי רחמנא, דהא בירושלמי פטור אותו שישן ראשון אם הזיק לשני הבא אצלו לישן ... ובמתניתין נמי תנן היה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון דאם עמד בעל חבית ונשברה חבית בקורה פטור".

ומבואר בתוספות שיש שני סוגי אונס, ואונס גמור פטור. וממילא בני"ד נידון כאונס גמור ופטור.

אך שיטת התוספות בזה אינה מוסכמת, ועיין בש"ך חו"מ סי' שעח סק"א שהביא דהרב המגיד כתב בדעת הרמב"ם דחייב ושכן משמעות המחבר בשו"ע שם, (ועיין בשו"ע סי' תכא סעיפים ג, ד וברמ"א שם. וע"ע בסי' שעח ס"ב ובט"ז (שם).

ובשו"ת מהרש"ם ח"ד סי' כו פסק שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעת המחייבים.

אך בנד"ד לכו"ע יש לפטור את ראובן מהנזק שהזיק את שמעון.

הרמב"ן בחי' עמ"ס ב"מ (דף פב:) קאי בשיטת החולקים על התוספות ופסק לחייב אדם המזיק אף באונס גמור, וכתב הרמב"ן - "סוף דבר כיון שהזכירו חכמים באונס נזיקין אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם, ונפל מן הגג ברוח שאינה מצויה, הרי הזכירו סוף האונסין כולם, דרוח שאינה מצויה אפילו כאותה של אליהו במשמע".

ואפ"ה במקום שהניזק פשע, בגרמת הנזק כתב הרמב"ן לפטור את המזיק. וז"ל הרמב"ן - "ומצאתי בתוספות בב"ק ... והם השיבו שאינו חייב באונסין גדולים, וסמכו אותה מן הירושלמי שאמרו בישן ובא חבירו וישן אצלו הוא המועד. ואי אפשר להעמידה דהתם משום דשני פשע בעצמו. וכן מה שאמרו באם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון וכלה מתניתין, וכן מה שאמרו אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, כלם כשאם אדם המזיק משום פשיעה דניזק פטור בהם".

מבואר שבמקום שהניזק פשע בעצמו ובמעשיו הכשיר את הנזק, בכה"ג אף לשיטת החולקים על תוספות אין מחייבים כשהמזיק אנוס.

וכן בתוספות ר"ד ב"ק דף מח: כתב - "ואע"ג דאמרין אדם מועד לעולם, ה"מ בדלא פשע ניזק אנפשיה, אבל היכא דפשע ניזק אנפשיה, אע"ג דאזקיה בידים, דכיון דשלא בכוונה אזקיה פטור".

רש"י הרי"ד ונמוק"י, נראה דחד דינא להזיק והזוק, דכל שהאחד ברשות והשני שלא ברשות פטרינן ליה למי שהיה ברשות.

ומה דמספקא ליה לבעל החות יאיר, פשיטא ליה לערוך השלחן, דבסי' שעח סי"ח פסק הערוה"ש דאם אחד רץ שלא ברשות והשני מהלך ברשות, והזיקו המהלך לרץ, פטור אא"כ הזיקו בכוונה.

וכן בספר אמרי משה סי' כט (בהג"ה) כתב בתוך דבריו - "ואם הזיק הברשות לשלא ברשות בזה גם בהזיק בלא מתכוין פטור בדלא ידע לו ומשום דאנוס".

והדין נותן כן, ודלא כספיקו של החות יאיר, עפ"י מה שיתבאר בטעם הפטור של מזיק ברשות -

ביחס למבואר בב"ק דף לב. "איסי בן יהודה אומר רץ חייב מפני שהוא משונה, ומודה איסי בן יהודה בערב שבת בין השמשות שהוא פטור מפני שרץ ברשות, א"ר יוחנן הלכה כאיסי בן יהודה".

כתב בפ"י רבינו יהונתן מלוניל, והובא בשטמ"ק - "אם פגע והזיק רץ במהלך, דינא הוא שיהא חייב לשלם כוליה נזק דאדם מועד לעולם, אבל כיון שהוא ערב שבת שאדם טריד לקנות צרכי שבת או לקנות שמן לנר של שבת, דרך הוא למי שהוא בן ברית לרוץ, על כן אם הזיקו זה את זה נפטר, שהרי יש לו רשות לרוץ בדרך, ועל הניזק היה להרחיק את עצמו".

מבואר בלשונו דהרץ נפטר אף אם בהזיק ממש להולך, (ודלא כספיקו של החות יאיר), והטעם הוא מאחר והיה על הניזק להרחיק עצמו. ועל כן אף למ"ד דאנוס גמור חייב, אפ"ה במקום שמוטל על הניזק להרחיק את עצמו, כגון כשאחד שלא ברשות והשני ברשות, אם אותו שלא ברשות ניזוק, השני שנכנס ברשות פטור.

כל האמור הוא לתלות את פטורו של ראובן מפני ששמעון נידון כמי שנכנס שלא ברשות הוא אליבא דשיטת הרמב"ן המחייב אדם המזיק באנוס גמור, אבל לשיטת התוספות בריש המניח שהבאנו לעיל, דס"ל דפטרינן מזיק באנוס גמור, הרי מבואר בדבריהם הטעם דבעל הקורה פטור הוא מפני שבאנוס גמור כה"ג אין לחייב אדם המזיק, וה"ה בנידון דידן.

מסקנת הדברים - יש מקום לפטור את ראובן על הנזק שהזיק לשמעון, לשיטת התוספות מפני שמזיק באנוס גמור פטור, ולשיטת הרמב"ן אף דבעלמא מזיק באנוס חייב, מ"מ שאני הכא ששמעון נכנס לצומת שלא ברשות ובניגוד לחוקי התנועה, ועל כן יש לפטור את ראובן שנכנס ברשות ונהג כמקובל ועל פי חוקי התנועה.

ב. תשלום הנזק שנגרם לראובן

יש מקום לברר מה הדין ביחס לנזק שניזוק ראובן. אמנם אילו שמעון היה עושה מעשה להזיקו, פשיטא ששמעון חייב, אך בנידון זה בעת התרחשות הנזק, ראובן עשה את

יש להוסיף על פי דרכם של הרמב"ן והתוספות רי"ד, יסוד זה שבמקום שהניזק פשע אין לחייב את המזיק, מפורש בגמרא במסכת ב"ק פרק חמישי. וז"ל הגמרא בדף מח: - "שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין, טעמא דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות פטור ושלא ברשות חייב".

גדרי "ברשות" ו"שלא ברשות" התבארו בחזו"א. וז"ל החזו"א ב"ק סי' ד' סק"ב - "הא דשניהם ברשות, אינו ר"ל דרשאי להימצא ברשות זה, דהרי תנן ל"ב א' ואם עמד בעל קורה חייב אע"ג דיש לו רשות להלך ברשות הרבים, וכן תנן שם ל"א א' נתקל הראשון ונפל כו' ראשון חייב בנזקי שני. אלא ר"ל שהמזיק לא עשה דבר שלא כהוגן אלא עומד והולך כמנהגו של עולם וגם הוא ברשות, שיש לו רשות להלך, או שגם לניזק אין רשות להילוך. אבל אם עשה דבר שיכול להביא היזק, כמו שעמד בקורה ברשות הרבים ולא הזהיר הבאים אחריו, חשיב שלא ברשות במעשה זו והניזק ברשות, וכדאמר ל"ב א' רץ חייב מפני שהוא משונה", עכ"ל. ועל כן בנידון דידן יש לדון את ראובן כ,ברשות' ואת שמעון כ,שלא ברשות', מאחר ולא היתה לו רשות לחצות הכביש במצב בו רכב אחר עומד לעבור בצומת זו.

והנה בגמרא מבואר - "אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות פטור ושלא ברשות חייב". ופרש"י - "דברשות פטור. בין היזק דבידים ובין היזק דממילא ובדלא ידע ליה", וכ"כ בנמוקי יוסף.

ובתוספות רי"ד שם בדף מח: כתב - "אבל אם האחד ברשות והאחד שלא ברשות, דברשות פטור בין היזק בידים והוא שעשה שלא בכוונה דלא ידע ביה ובין אם הוזק בו, ושלא ברשות חייב בין היזק בידים ובין הוזק בו".

וכן במשנה בדף לא: בהיה בעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון ועמד בעל חבית דבעל קורה פטור, באר הנמוקי יוסף - "וקיי"ל התם דכל היכא דאחד ברשות ואחד שלא ברשות בין הזיקו זה את זה בין הוזקו זה בזה, דברשות פטור דשלא ברשות חייב".

ועל כן בנ"ד, יש לפטור את ראובן על הנזק שנגרם לשמעון דדינו כבעל קורה שנתקל בבעל החבית שנעמד, מאחר שעמידתו של בעל החבית היתה שלא ברשות, בעל הקורה פטור על הנזק שהזיק לחבית.

וע"ע בשו"ת חות יאיר סי' רז שדן האם אף בהזיקו ממש פטרינן, למי שרץ ברשות, ועיי"ש שנשאר בצ"ע בסתירת משמעות הסוגיא. דבסוגיא בדף לב. דמשמע דפטרינן רק בהזק המהלך ברץ, ולא בהזיקו, (עיי' בסמ"ע סי' שעח סק"ו החילוק בין הוזק להזיק), ואילו בסוגיא בדף מח: משמע דאף בהזיקו פטרינן ליה.

והנה בנידון שלפנינו עדיין יש מקום לעיון אם נזקו של שמעון נכנס לגדר "הוזק" או לגדר "הזיק", אך אף אי נימא שראובן נחשב "הזיק", הרי שמפשות לשון הראשונים,

וברא"ש ובשאר הראשונים. ומתוך דברי הראשונים שחילקו בין דין קדרין לדין קורה, התבאר הטעם שבעל הקורה נידון כאדם המזיק ולא כמי שהזיק ע"י בורו - קורתו.

התוספות הרי"ד בדף מח. כתב - "היכא אמרינן דהוי קדרין בור, כשנפלו לארץ שאינן עומדין על רגליהן. אבל אם האדם עומד על רגליו ובא חבירו ונתקל בו, אע"פ שמאליו נתקל בו לא יקרא בור אלא כאילו הזיקו בידיים דמי, וחיוב בין על עסקי גופו בין על עסקי ממונו של נתקל. ומנא תימרא, מדתנן התם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה פטור בעל הקורה, ואם עמד בעל קורה חייב. אלמא כל היכי דעמד בעל קורה ובא בעל חבית ונתקל בו חייב בנוקי חבית ולא חשבינן לבעל קורה בור שנפטר בו את הכלים כמה שחשבנו את הקדרין. וטעמא דמילתא הוא מפני שעומד על רגליו, וכל נזק שעושה אפילו ע"י תקלה שנכשלים בו כמזיק בגופו דמי, ולא חשבינן ליה בור לפטור בו את הכלים אלא כשהוא נפל לארץ".

וכן כתב הנמוקי יוסף (דף טו: בדפי הרי"ף) - "והא דלא דיינינן ליה כבור כיון דנייח גופיה, לשמואל דאמר כל תקלה כי האי בור היא ונפטר מן החבית, דלא מצינו בור שחייב בו על הכלים. משום דלא אמרינן הכי אלא היכא דנפיל ושדי דדומיא דבור דלא שליט בגופיה, אבל היכא דקאי אנפשיה לאו תולדה דבור היא, אלא כמאן דאוקיה בידיים דמי".

ובשטמ"ק כתב בשם רבינו פרץ - "דלעולם גבי אדם לא פקע מניה שם אדם המזיק ליחשב בור אלא דוקא בשניזוקים בו באותו ענין שאפילו אם היה מת האדם המזיק היו ניזוקין בו בענין זה כגון גבי קדרין שנתקל האחד בחבירו לאחר שנפל חבירו, והשתא ניחא מעמד בעל הקורה ... מ"מ נחשב אדם המזיק משום עמידתו שאינו ראוי באדם מת וגם קורתו בידו, כל זה אינו ראוי להיות ניזוק ע"י מת".

(אמנם רבינו פרץ בהמשך דבריו סובר, דבנתקל הראשון כיון שנפל בפשיעה נידון כאדם המזיק, אף שההיזק בעודו חי דומה להיזק כשהוא מת, אך בנקודה זו יש חולקים עליו).

מדברי הראשונים עולה, דבעל קורה שהזיק בעמידתו נידון כאדם המזיק, מאחר והקורה על כתפו, והילוכו של האדם הוא הילוך לקורה, ועמידת האדם היא עמידת הקורה, על כן הקורה דינה כאדם עצמו, שאילו מת האדם היתה הקורה נופלת, וכעת כל היזקה נובע מרוח החיים שבאדם. ועל כן האדם בעצם עמידתו נידון כאדם המזיק, אף שברגע הנזק ממש, לא עשה מעשה אלא בעל החבית נתקל בו, דכל עוד בעל הקורה עומד על רגליו וקאי אנפשיה, הרי הוא מחוייב על עצם העמידה ועל אי התוודע באותו רגע ואי מניעת חבטת החבית בקורה.

החילוק בין דינו של בעל הקורה לדינו של הנוהג במכונת
יש לדון האם דין מכונת נוסעת כדין קורה על גבי בעל הקורה.

המעשה הפעיל של נסיעה לתוך רכבו של שמעון, ושמעון היה סביל בלבד.

דין הזיק שלא ברשות את הברשות

בגמרא במסכת ב"ק דף מח: נאמר "שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זה את זה חייבין הוזקו זה בזה פטורין, טעמא דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות פטור ושלא ברשות חייב".

ונראה דמש"כ בגמ' "שלא ברשות חייב", משמע דאף בכה"ג דה, שלא ברשות' גרם להזיקו של ה, ברשות', ה, שלא ברשות' חייב לשלם. וכמשמעות לשון התוספות רי"ד שהבאנו שכתב - "ושלא ברשות חייב בין הזיק בידיים ובין הוזק בו". דהיינו הוזק בו אותו שברשות.

ובמשנה (ב"ק לא:): שנינו - "זה בא בחביתו וזה בא בקורתו נשברה כדו של זה בחביתו של זה פטור, שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך". ונאמר בגמ' - "הא קתני שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך, התם תרוייהו כהדדי". וכתבו התוספות (דף לב. ד"ה תרוייהו) - "בא למעוטי אם היה בעל קורה רץ ובעל חבית מהלך אע"פ שבעל חבית עצמו הטיח החבית ... כשנושא קורה על כתיפו אין לו רשות לרוץ". וכעין זה כתבו הרשב"א והנמוקי יוסף.

מבואר דדינא דמתניתין דוקא כשלשניהם רשות להלך, אבל אם בעל קורה רץ, דהיינו שלא ברשות, הוא חייב בנוקי החבית אף אם מבחינה מעשית בעל החבית הוא זה שהטיח את חביתו בקורה.

ולפי"ז ה"ה בנ"ד, שמעון יחוייב בנזק שנגרם לראובן, כשברך אונס ראובן הטיח מכונתו במכונתו של שמעון. ולהלן נברר בעז"ה אם דין המכונת כדין קורה.

ביאור הדין דבעל קורה חייב על נזק החבית

איתא במשנה (שם) - "זה בא בחביתו וזה בא בקורתו ... היה בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון, נשברה חבית בקורה פטור בעל הקורה, ואם עמד בעל קורה חייב".

מבואר שיש לדון את בעל הקורה בגדרי אדם המזיק ולא כמחוייב על ממונו שהזיק, (ממונו היינו הקורה). וכן כתב במאירי על המשנה - "ונשברה כדו של זה בקורתו של זה, הרי אין כאן תורת בור כלל שאין כאן תקלה ברשות הרבים, וחזר הענין לנזקי אדם, והדבר תלוי בפשיעת המוזק".

ויש לדון האם ה"ה נהג הנהוג במכונת, דומיא דנידון דידן, יחשב כאדם המזיק, או יחשב כמי שממונו הזיק, דהיינו המכונת הזיקה, ונדון ענין זה בגדרי בור, הפטור על נזקי כלים.

ובטרם נברר דינה של המכונת, נקדים להבהיר מדוע במקרה שבעל קורה הזיק את החבית, אינו נידון כנוקי ממון אלא כאדם המזיק.

בסוגיא בב"ק דף לא: נחלקו הראשונים האם בקדרין שהלכו זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון, האם הראשון נידון כאדם המזיק, ע"ש בתוס'

אך במי שרוכב על סוס, שבגדרי אדם המזיק אתינו, מאחר והסוס אצלו כחומר ביד היוצר, ומופעל באופן מלא על ידי הרוכב, הרי אף בלא שנדון את הסוס כמחובר לאדם, מ"מ כל נזק שנעשה על ידי הסוס מתייחס לאדם הרוכב עליו, וכדין אדם המושך בקרון, והקרין הזיק תוך כדי הליכתו, אך אם אינו רוכב על הסוס, אין לו שליטה כזו על מעשי הסוס, והסוס אצל בעליו כבר אינו כחומר ביד היוצר.

ונראה שהרוכב על הסוס שבתשובת הרא"ש הוא אדם המזיק, וק"ו מדינו של "המעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו" שהמעמיד חייב כמבואר במסכת ב"ק דף נו: ולדעת הרשב"א והמ"מ (בפ"ד מנזקי ממון ה"ג) המעמיד נידון כאדם המזיק והכי קיי"ל להלכה בשו"ע חו"מ סי' שצד ס"ג.

ואם ברוכב על סוס דיינינו ליה כאדם המזיק ק"ו במי שנוהג במכונית, שהמכונית עושה, מעשה עץ בעלמא והכל מתייחס לנהג. ודינה של המכונית כעגלה המחוברת לאדם.

ויש להוסיף בזה, שבשור המזיק בלבד נזקקנו לומר דמאחר והעגלה מחוברת לבהמה, היא כגוף הבהמה ממש. אבל בדיני אדם המזיק, אף אילו היה מפעיל את המכונית ממרחק, ובכה"ג לא היה מקום לדון את המכונית כמחוברת אליו, מ"מ ודאי יתחייב בנזקה. וכל מה שארע למכונית בעת הנסיעה מתייחס לנהג כמעשה ישיר של הנהג, ועל כן המזיק בעת הנסיעה נידון כאדם המזיק.

וכעין זה כתב החו"א הלכות שבת סי' לו סק"א "החורש או זורע בשבת במכונה המתקנת לכך והאדם לוחץ לחיצה הראשונה ועל ידי זה מוציא חום הגורם לאדים שיבואו ויניעו את הגלגל ... נראה דכל החרישה והזריעה חשיבא גירא דיליה ומעשיו".

אמנם אילו הנהג היה עוצר את המכונית ועומד במקומו, במקום שאסור לעמוד, ולאחר זמן ארע שמכונית אחרת נתקלה בו, מאחר ובעת ההתנגשות הנהג אינו מפעיל את המכונית, יש לדונה בגדרי בור ברשות הרבים, אך א"א לומר כן בנידון שלפנינו, שהכל ארע תוך כדי נסיעה, הרי שכל מה שארע למכונית מתייחס לנהג.

העולה מדברינו, שקיים חילוק בין מקרה של הקורה שהזיקה לחבית, שבו מאחר שהקורה מונחת על גבי האדם עצמו, היא נחשבת כגופו ממש. משא"כ מכונית שהאדם יושב בה, אינו נחשבת כגופו, אך מ"מ כל עוד האדם נוהג ומפעיל אותה, כל מעשי המכונית מתייחסים לאדם.

אך עדיין יש לדון מנלן לחייב את שמעון כאדם המזיק ביחס לנזק שנגרם לראובן. אמנם אילו המכונית של שמעון התנגשה באופן ישיר במכונית של ראובן, ודאי יש לחייבו כאדם המזיק. אך בנידון דידן שהנזק לא נעשה באופן פעיל ע"י מעשה המכונית, אלא ראובן הוא זה שנתקל במכונית של שמעון, ולכאורה אין כאן מעשה נזק שניתן לייחס לשמעון.

אמנם בקורה בכה"ג מחייבים את בעל הקורה, אך שאני התם שמאחר והקורה למעשה מונחת על האדם, הרי שבעל

נראה שיש חילוק מסויים בין קורה למכונית, הקורה מונחת ממש על גוף האדם ולכן נידונה כאדם עצמו, משא"כ המכונית שאינה מונחת על האדם אלא מופעלת על ידו.

ולצורך הבהרת דינו של הנוהג במכונית, יש להקדים את תשובת הרא"ש כלל קא ס"ה. הרא"ש נשאל במי שרכב על סוס במרוצה ופגע בפרד ונגרם נזק לפרד. ובלשון השאלה כתוב - "וטוען המזיק שמאחר שברשות הרבים היה שכל העולם רשאיין ללכת בו אינו חייב לשלם שהיה לו לשמור עצמו". ושאל השואל - "למאי מדמינן ליה מאחר שהוא הכהו בסוס כמו חציו הוא, או לרגל מדמינן ליה מאחר שנעשה בשבילת האוכף, או נאמר מאחר שכחו מעורב בו שרגלו של אדם הולך בשבילת האוכף כאלו עשאו הוא בעצמו, ואע"פ שהיה אנוס תחילת בפשיעה".

בתשובתו הרא"ש השיב על שתי הטענות -

ביחס לטענה שרץ ברה"ר ברשות כתב הרא"ש - "מה שטוען המזיק שהוא פטור לפי שהיה ברשות הרבים והיה לו רשות לרוץ והיה לו לניזק לשמור עצמו, לאו טענה היא שאין לו לרוץ ברשות הרבים, אפילו אדם ברגליו אלא כדי שיכול לעמוד כשירצה, כדאיתא בב"ק תניא איסי בן יהודה אומר רץ חייב מפני שהוא משנה, ופסק רבי יוחנן הלכה כאיסי בן יהודה. כ"ש הרוכב על סוס שאין לו רשות לרוץ במקום שבני אדם רוכבין שמא לא יוכל לעמוד כשירצה ופושע הוא".

ביחס לשאלת גדרי המזיק במקרה זה, כתב הרא"ש - "מזיק בגופו הוא, כיון שהוא רוכב על בהמה והזיק בגוף הבהמה או באוכף שעליה, כמזיק בגופו דמי. כמו בהמה שהזיקה באוכף שעליה וחייב המזיק לשלם".

דברי הרא"ש נפסקו להלכה בטור ובשו"ע סוף סי' שעח. החו"א (ב"ק סי' ד' סק"ח) תמה מדוע הרא"ש פסק לדוננו כאדם המזיק, וז"ל - "הלא הסוס מזיק מכחו ולא מכח אדם, ולא מצינו (צריך להוסיף "אלא") דעגלה מושכת בקרון הוי כגוף הבהמה דהבהמה מזקת בכחה ובשליף שעליה כגופה. וה"נ אדם המושך בקרון חשיב אדם המזיק, אבל הכא שרוכב עליה והוא נעשה שליף שעליה למה חשיב אדם המזיק, ומשמע ברא"ש שאם לא רכב עליה והריצו והזיק פטור משום רגל ברה"ר, וכי רכב עליה מאי הוי".

אך הביאור בתשובת הרא"ש הוא כמו שבאר בספר אולם המשפט על חו"מ (סי' שעח), וז"ל - "נראה דאיירי דהסוס לא עביד אלא מעשה עץ בעלמא, ועיקר ההיזק היה בכח האדם, אבל בלא"ה אפילו הקריב האדם את הסוס אינו אלא רגל ופטור".

ויש להוסיף ולבאר, דהנה בממון המזיק, כגון שור המזיק, מצינו בב"ק דף יז: דכל המחובר לבהמה נידון כגוף הבהמה ממש, ובכלל זאת עגלה מושכת בקרון. ובאר הרא"ש (שם סי' ב') - "אם הזיק התרנגול בדליל דרך הילוכו משלם נזק שלם, דדבר המחובר לגופו כגופו דמי, כמו עגלה המושכת בקרון".

והנה לא מיבעיא לדעת הרי"ף בסוף פרק שני דב"ק וסייעתו (וכ"פ המחבר השו"ע סי' שפו ס"ד) דאפילו בזורק כלי ע"ג כרים וכסתות ובא אחר וקדם וסלקן, דחייב המסלקן, ק"ו דיש לחייב בבא אחר והניח אבן ע"ג הכרים והכסתות. אך עדיין יש לדון לשיטת ר"י (בתוס' ב"ק כו.) וסייעתו והכרעת הרמ"א (בסי' שפו ס"ד) שחלקו על הרי"ף ופטרו בסלק לכרים והכסתות מטעם דהוי גרמא בנוקין, האם יש לחייב במניח אבן ע"ג הכרים והכסתות.

והנה הרא"ש (בב"ק פ"ב סי' טז, ובב"ב פ"ב סי' יז, ובסנהדרין פ"ט סי' ב') כתב שעל מנת לחייבו מדינא דגרמי יש צורך בשלושה תנאים, שיהא ברי היזקא, שהוא עצמו יעשה הנזק לממון חבירו וכן שמיד בעת שעשה המעשה נעשה הנזק, ואף לא רגע לאחר מכן, ומה"ט פטור המסלק את הכרים והכסתות. ויש לדון האם הרא"ש יחלוק גם על דינם של התוס' רי"ד והרי"א"ז במניח אבן, דעכ"פ הנזק לא נעשה בעת הנחת האבן.

ונראה שהרא"ש יסכים לדין זה, וכמו שנבאר.

דבגמרא בב"ק יז: נאמר - זורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור דאמרין ליה מנא תבירא תבר". וכתבו התוספות - "נראה דאם זרק אבן או חץ על הכלי ובא אחר וקם ושברו דפשיטא דחייב ... וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי". וכן פסק השו"ע חו"מ ס"ס שפו והש"ך שם.

ועיין בחי' רבי שמעון שקאפ עמ"ס ב"ק סי' יח שבאר דברי התוספות - "אם זרק כלי מראש הגג אם נדייני כאילו כבר נעשה מעיקרא מה שעתיד להיות, הרי הכלי נחשב כמנא תבירא, דהרי נולד בו כח ע"י מעשה הזריקה להיות נשבר אחר כך. ולפי זה גם בזורק חץ מה שנעשה ע"י חץ אח"כ חשבינן כאילו כבר נעשה הכל מעיקרא, אבל בכל זאת כתבו התוספות והרא"ש דרק על המעשה שעושה החץ חשבינן כאילו כבר נעשה. אבל כשאנו דנים על מקבל הפעולה, היינו על הכלי, כיון דבכלי עדיין לא נעשה שום כח על קבלת הפעולה הזאת, ואף שידעינן בידיעה שעתיד לבוא אחר כך, מ"מ לא חשבינן כאילו כבר נעשה, כיון שעדיין לא נשתנה שום דבר בכלי".

בלשון אחרת, בזורק כלי כח השבירה כבר מונח בכלי עצמו, שבהתאם לכח התנועה שניתן בו בעצם השלכתו מול הקרקע, הוא עומד להישבר, משא"כ בזורק חץ על כלי, בכלי עצמו אין כל כח שבירה.

ולפי זה, בזורק כלי מראש הגג ע"ג כרים וכסתות ובא אחר והניח אבן על הכרים והכסתות, אותו אדם שהניח את האבן, במעשיו הפך את כח התנועה שניתן בכלי, מכח תנועה שאינו מזיק לכח תנועה מזיק, דהיינו באותו רגע הוא הפך את הכלי מכלי שאינו שבור למנא תבירא.

ומעשה זה נעשה מיד בעת הנחת האבן ולכן אף לדעת הרא"ש יש לחייבו מדינא דגרמי, וכדעת הרי"א"ז והתוס' רי"ד.

החבית נידון כנתקל בגופו של בעל הקורה, משא"כ הכא ללא שנייחס את מעשה הנזק למעשיו של שמעון אין מקום לחייבו.

והנה בדין עמד בעל קורה שחייב על נזקי החבית, כתב החזו"א (ב"ק סי' א' סק"א) - "ונראה מכאן דהא דחשיב עמד בעל קורה אדם המזיק ילפינן ליה מאדם ובור, ומ"מ מחייבינן ליה כלים, דעיקרו אדם, וכמ"ש הרא"ש בסוגיא ו,א בהני דילפיננהו במה הצד דלא יהינן להו כולהו קולי של שני המלמדין".

וכוונתו היא דחייבו במה הצד מאדם ובור, דחשיב אדם המזיק בכך שהוא מחזיק בידיו את הקורה, דלולי האדם החי שהחזיק הקורה לא היה נגרם הנזק והקורה לא היתה נמצאת שם באותו רגע. אך לא סגי בהכי לחייבו, דמאחר ובעל הקורה לא עשה בפועל כל מעשה נזק, אלא בעל החבית עשה את המעשה של הטחת החבית בקורה, הרי שזהו כעין בור, שהבור לא עשה מעשה, אלא הנופל לבור עשה את מעשה הנזק, ואפ"ה חייב בעל הבור. אבל בנדון דידן ששמעון נהג במכוניתו לתוך מסלול נסיעתו של ראובן ובמצב בו המכונית אינה מסוגלת לעצור, ובהכרח שההתנגשות תהיה בלתי נמנעת, דמי לאדם הכורה בור, ככה"ג שבהכרח הניזק יפול לתוכו, והנזק אינו יכול להמנע על ידי הניזק. ונראה לדמות מקרה זה לדין מחודש שכתבו בעל התוספות רי"ד ונכדו הרי"א"ז, וכמו שיבואר להלן.

בגמרא במסכת ב"ק דף כו: מבואר - "אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וקדם וסילקן או קדם וסילקן פטור, מאי טעמא בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה".

ובספר פסקי ריא"ז עמ"ס ב"ק (פ"ב ה"ז ס"ה), לאחר שפסק להלכה את דברי הגמרא הנזכרת, ודלא כרי"ף שמחייב מדינא דגרמי, כתב - "בא אחד והניח אבן על גבי כרים וכסתות ונחבט הכלי על האבן ונשבר, חייב המניח את האבן כמו שכתב מורי זקני הרב במהדורה תניינא".

ובודאי שלא מדין חיובא דבור פסקו בעל התוס' רי"ד והרי"א"ז לחייב, דאין בור חייב על נזקי כלים, אלא ס"ל לבעל התוס' רי"ד והרי"א"ז, דמאחר והניח את האבן לאחר שהכלי כבר נזרק, הרי שבעצם הנחת האבן נהפך הכלי למנא תבירא, וחייב. משא"כ בקדם וסלק את הכרים והכסתות, פטור מאחר והפך את הכלי למנא תבירא רק בדרך של גרמא.

ולכן ה"ה הכא, יש לחייב אליבא דבעל התוס' רי"ד והרי"א"ז, מאחר ובעצם כניסתו של שמעון למסלול נסיעתו של ראובן, שמעון הפך את מכוניתו של ראובן למנא תבירא, (תבירא, במידת הנזק שבסופו שגרמה ההתנגשות).

ביאור דינם של הרי"א"ז והתוס' רי"ד

יש מקום לברר מה דעת שאר הראשונים, האם יסכימו לדינם של הרי"א"ז והתוס' רי"ד.

וע"ע בש"ך סי' כה סק"ח שכתב סברא דשגגת תלמוד עולה זדון, ומה"ט הדיין שטעה בדין אינו נידון כשוגג. ולפי"ז ק"ו בנידון דידן שהפשיעה היא בגוף אותו מעשה.

וע"ע בשו"ע חו"מ סי' טו סעיף מ' ובהכרעת הש"ך ס"ק קכו דפושע כמזיק, והיינו אף שלא עשה מעשה אלא פשע בשב ואל תעשה, וק"ו לענין מזיק בגרמי, דלכו"ע פושע אינו כשוגג אלא כמזיד.

מסקנת הדברים

הנהוג במכונות, בעת הנסיעה הנהוג נידון כמי שאוחז במכונות ומוליכה. ולכן במקרה שהוא חוצה את הכביש וממציא את עצמו מול מכונות אחרת, באופן שההתנגשות בלתי נמנעת, למרות הבלימה המיידית של המכונות השניה, במקרה כזה לכו"ע יש לחייב את הראשון מדינא דגרמי אף שהזיק באופן פסיבי.

ג. טענת שמעון שמא ראובן נהג שלא בהתבוננות הראויה

את טענת שמעון ניתן לבאר כדלהלן, קיימת טענה שאילו ראובן היה מתבונן כראוי, היה מבחין בו בעת שהחל לחצות את הצומת והיה סיפק בידו לבלום מבעוד מועד, דהיינו שמא ארע אחר בבלימתו עקב חוסר התבוננות כראוי וזהו הגורם לתאונה. ומאחר והיה מוטל עליו להתבונן יותר טוב ממילא כניסתו לצומת היתה שלא ברשות, דברשות היינו לאחר התבוננות מספקת. אמנם ראובן טוען שהתבונן כראוי ומיד כשהבחין בשמעון בלם, אך קיי"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף ואין מוציאין ממון מחזקתו.

אך נראה שאין מקום לפטרו לשמעון, וזאת משני טעמים -

א. החזו"א (ב"ק סי' ז סק"ז) כתב שבמקום שהנוק ברור והמזיק מבקש להיפטר בטענת פטור, עליו מוטלת חובת ההוכחה.

דברי החזו"א נאמרו על המבואר בגמרא בב"ק דף יג: ביחס לשומר שקבל שור לשמירה וקבל עליו רק שמירת גופו ולא קבל עליו שמירת נזקיו, ושמירת השור מנזקיו נשארה מוטלת על בעל השור. וז"ל החזו"א - "ויש לעיין בבעלים אומרים ששמרו כראוי, אי על הבעלים לברר בעדים או על הניזק לברר שפשעו הבעלים. ומשמע דעל הבעלים לברר, כיון דההיזק לפנינו חשיב המזיק כטוען דבר מחודש ועליו לברר".

וכעין זה מצינו ברמב"ם. הרמב"ם בפ"ב משאלה ופקדון ה"ח כתב - "שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן, וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים או אינה לפיכך אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם. פשע בה השומר הרי זה משלם".

ובאר המ"מ - "דעתו ז"ל שהפושע הוא כמזיק ... וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראיה ברורה לפטרו חייב לשלם".

וכן י"ל בדעת המאירי דקאי בשיטת ר"י ובאר הטעם לפטור את המסלק הכרים והכסתות, וכתב - "בוז אינו עושה מעשה המפסיד אלא שמסלק את המציל, וכל שהוא כן אינו בכלל דינא דגרמי".

מבואר בדבריו דאם אינו רק מסיר את המציל אלא מניח את המזיק, יחוייב.

העולה מדברינו, דמאחר ודינם של בעל התוס' רי"ד והריא"ז מוסכם אליבא דכו"ע, ולא מצינו מי שיחלוק עליהם, ה"ה הכא יש לחייב את שמעון. והטעם מפני שבעצם כניסתו למסלול נסיעתו של ראובן, הוא נידון כמי שהניח אבן מול מכונותיו של ראובן, ומכונותיו של ראובן דומה לאותו כלי שנזרק מול כרים וכסתות, ובתוך כדי נפילת הכלי בא אחר והניח אבן כנגדה, שהמניח את האבן חייב בתשלום הנוק.

ועוד י"ל דאף אילו היתה סברא לומר שהרא"ש יחלוק על דינם של הריא"ז והתוס' רי"ד, מ"מ הכא גרע טפי, דריא"ז והתוס' רי"ד איירו בכה"ג שהמניח את האבן, מניחה ועזבה, ורק לאחר זמן נשבר הכלי, אך בנידון דידן ששמעון כל הזמן נהג במכונות, גם אליבא דהרא"ש חייב. ודמי לזורק כלי מראש הגג ע"ג כרים וכסתות, ובא אחר והחזיק במקל בידו והולך את המקל מעל גבי הכרים והכסתות קדימה ואחורה באופן שכל הזמן המקל נמצא כנגד הכלי, ולבסוף אכן הכלי פגע במקל וניזוק ממנו. ונראה ברור דבכה"ג גם לולי מש"כ לעיל, יש לחייב אליבא דשיטת הרא"ש. דכל רגע ורגע של הילוך המקל, נחשב כמעשיו של האדם, וממילא גם ביחס לרגע פגיעת הכלי במקל יש לדונו למחזיק במקל כאדם המזיק וכמי שבאותו רגע ממש הניח את המקל באותו מקום. ואף שמבחינה מעשית הכלי פגע במקל ולא המקל הלך ופגע בכלי, אפ"ה יש לחייבו לאוחזו במקל מדינא דגרמי. ובמקרה כזה התקיימו כל שלושת התנאים הנחוצים לדונו כגרמי, אליבא דהרא"ש, ברי היזקא, בעת מעשיו של המזיק נעשה הנוק והוא פעל בגוף הממון הניזוק ולא בדבר חיצוני לו.

חכם אחד העיר שלשיטת הש"ך בסי' שפו סק"ו שאין לחייב בדינא דגרמי, כשהמזיק הזיק בשוגג, ה"ה הכא הנהוג ברכב ודאי לא רצה בתאונת הדרכים ובנוק שנגרם ועל כן יש לדונו כשוגג בנוק, ואין לחייב לשיטת הש"ך.

אך נראה שבנידון שלפנינו אף לשיטת הש"ך אין לדונו כשוגג. התאונה נגרמה מפשיעתו ובכה"ג אף שלא רצה את עצם הנוק, עכ"פ יש לחייבו מאחר וקדמה פשיעה, שהובילה לנוק, שהרי לא נהג כפי שחוקי הנהיגה מחייבים, ולא התבונן כנדרש. יעויין שם בש"ך סי' שפו סק"א שכתב בנידון של מראה דינר לשולחני, שאמנם השולחני לא התכוין להזיק, עכ"פ אינו כשוגג ובאר הש"ך הטעם (בשם הרמב"ן) - "הואיל וצריך למיגרמ, וקא חזי, פושע ומזיק". ועיין בתשובת הנודע ביהודה מהדו"ק חחו"מ סי' לו (הובא בפת"ש סי' שפו סק"א) שכתב כסברא זו בנידון שלו.

הראיה, ובלא ראייה אין לפטרו. ואין לומר להיפך, שהרי לפנינו נזק שעשה ראובן, אלא שהוא מבקש להיפטר בטענה שנהג ברשות, דנראה דינו של ראובן דמי להאי ספסירא, וכשם דהתם הספסירא נאמן לטעון שלא ידע, ה"ה הכא ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ואמנם הספסירא נאמן רק בשבועה, אך הטעם מבואר ברא"ש סי' כד, ח"ל - "הלכך משתבע איהו דלא הוי ידע, דקרוב לודאי הוא דסתם ספסירא בקי במומי בהמה וגם מעיין בהו". אך נראה דהרא"ש בא לבאר מדוע מטילין עליו שבועה בטענת שמא, ולכן כתב הסברא הנ"ל.

ובנ"ד דקיימת אומדנא המסייעת לטענת ראובן, דחזקה שנהג בזהירות הראויה על מנת שלא יפגע בעצמו, לכן אינו דומה לספסירא ואין צריך להישבע בטענת שמא.

ולכאורה היה מקום לדון לעשות פשרה, כשיטת רש"י שם בסוגיא דמשלם דמי בשר בזול, ולא את כל הנזק. אך מלבד דר"ת פליג על רש"י והובא בתוס' וברא"ש ברמב"ן בר"ן ובריטב"א, דמשלם דמי בשר בזול לפי שבושר הנמכר לפני יום השוק נמכר בזול. אך אף לשיטת רש"י כתב בתשובת עין יצחק ח"ב סי' סט סק"ג - "י"ל דזהו דוקא התם וכמ"ש הריטב"א לפרש שם דיכול הבקרא לומר דסמכתי על הספסירא דכיון דהיה אצלו מסתמא היה בקי במומין של הבהמה, ושמא קנה הבהמה מזמן הרבה וידע במומו ... וכה"ג כתב הרא"ש שם". אבל בנ"ד ל"ש סברא זו.

ב. גם לולי האמור לעיל, אמנם קיי"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף ואין מוציאין ממון מחזקתו. אך מבואר בגמרא כתובות דף יב: דבמקום דחזקה או מיגו מסייע לטוען טענת ברי, בכה"ג ברי עדיף.

ועיין בש"ך סי' צא ס"ק יב שהביא מספר התרומות תשובת הרב ר' יוסף אבן פלאט דה"ה דטענת ברי עדיף במקום דאיכא חזקת שליח עושה שליחותו המסייעת לו. ומבואר משיטה זו דלאו דוקא חזקה או מיגו שהוזכרו שם בסוגיא, אלא כל הוכחה טובה המסייעת לטוען טענת ברי מהני להוציא ממון מהטוען שמא. ולכן בנ"ד דקיימת אומדנא דמוכח המסייעת לטענת ראובן דודאי נהג כדרך שבני אדם נוהגים כדי שלא יסכן עצמו, וכך הוא הרגל קבוע של כל נהג הנעשה אצלו כעין טבע שני, ועל כן בכה"ג דמסייעת לברי אומדנא כזו, אמרינן ברי ושמא ברי עדיף.

אמנם התומים בסי' צא סק"ג פליג על דינו של הש"ך, אך היינו טעמא דס"ל דחזקה שליח עושה שליחותו היא חזקה גרועה ורק לחומרא חיישינן לה, ומשמע דבמקום דאיכא חזקה מעלייתא, גם התומים מודה דברי עדיף.

מסקנת הדברים

שמעון מחוייב בנזק שניזוק ראובן. אך היינו דוקא בנזק הישיר שהזיקו, ולא בהוצאות שנגרמו לו, כגון השמאי שהביא להעריך את הנזק, שיכול שמעון לומר לו הייתי משלם לך את כל הנזק בהתאם למה ששילמת או בהתאם לטענותיך ולא היה צורך בשמאי.

מבואר שאין אומרים שמפני המספק אין מוציאין ממון, אלא אדרבא מאחר שהוא עשה מעשה נזק אינו יכול להפטר אלא בראיה ברורה. (אמנם המ"מ מסיים שנחלקו על הרמב"ם, היינו במש"כ דהפושע כמזיק, אך אין הכרח שיחלקו על הרמב"ם ביסוד המבואר דכל שהנזק ברור אינו נפטר אלא בראיה ברורה).

ובמסכת ב"מ דף מב: בהוא עובדא דאפוטרופא דיתמי דזבן להו תורא ליתמי ומסרו לבקרא, ומת מפני שלא היו לו ככי ושיני. למסקנת הסוגיא העמידה בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא, הלכך משתבע דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול.

והקשה בחי' הר"ן - "וא"ת והלא בקרא זה אינו יודע אם נתחייב אם לאו דשמא ידע ביה ספסירא מעיקרא, ואי ידע ביה ודאי מיפטר בקרא ואיהו אפסיד אנפשיה, וא"כ הו"ל כאומר כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור".

בתירוץ שני כתב הר"ן - "י"ל דלא אמרינן דבאיני יודע פטור אלא כשהוא מסופק בעיקר הדבר שאינו יודע בו כלל, אבל זה יודע הוא בחיובו שכבר פשע, אלא שרוצה לפטור עצמו בפשיעת הספסירא ושמא הוא טוען עליו וחיובו ברור לפניו, הלכך הו"ל כיוודע שנתחייבתי לך אבל איני יודע אם פרעתיך".

וכעין זה כתבו הרמב"ן במלחמות ובחי' הרשב"א.

ובקובץ שיעורים עמ"ס ב"ב סי' תרנח באר את הרמב"ם הנזכר והסוגיא בב"מ וכתב - "כל היכא דישנה לסיבת החיוב בודאי אלא דספק שמא יש כנגדה סיבה הפוטרת, כגון גבי בקרא וספסירא, דהבקרא ודאי פשע אלא שרוצה לפטור עצמו שמא הספסירא ג"כ פשע, בזה אמרינן אין ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב. וכן לענין פשיעה בבעלים דסיבת החיוב ודאית שפשע, אלא דדין בבעלים הוא דבר הפוטור. ואין לומר דאם הוא בבעלים אין כאן סיבה המחייבת כלל, דכיון דפושע הרי הוא כמזיק, סובר הרמב"ם דסיבת החיוב ישנה בזה, אלא שכנגדה יש סיבה הפוטרת".

בסוגיא בפרק המפקיד בבקרא וספסירא, מבואר מקושיית הראשונים דהקשו דלהוי כאיני יודע אם התחייבתי, דנקטו כהנך פוסקים שהביא הש"ך בסי' רצא ס"ק מד שכל שומר שיש ספק אם שמר כראוי הוי כספק בעיקר החיוב, וכן העלה בקצות החשן בסי' ש"מ סק"ד בדעת הרמב"ן הרשב"א והנמוקי יוסף, ואע"פ כן כתבו בתירוץ לחיובו לבקרא מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי, ובאר בחי' רבינו מאיר שמחה עמ"ס ב"מ (שם) - "הראשונים הרמב"ן הנמוקי"י והרשב"א סברי דכל כמה דלא פשע כלל ולא עשה כלל שלא כהוגן דהוה כאיני יודע אם נתחייבתי ... לזה א"ש סברת הרמב"ן כאן, דכיון דאף על הספק דשמא אינו יודע הסרטור, הוה ליה למדעינהו ועשה שלא כהוגן, א"כ נתחייבו נכסיו תיכף והוי א"י אם החזרתי".

העולה מדברינו בנ"ד, שמעון ודאי עשה מעשה נזק, והיא סיבה המחייבת, אך טוען שמא ראובן לא היה אנוס והתירשל בנהיגתו, הרי שלפי מש"כ החזו"א עליו מוטלת חובת

הביטוח של שני הצדדים מעוניינות בהערכתו של השמאי, והאחת מהן תשא בהחזר ההוצאות הללו, ואין נ"מ לשמעון אם יש שמאי או לא, על כן לא מוטל עלינו לברר נקודה זו.

אך אם שמעון מבוטח ולמעשה הנ"מ מכל הנ"ל שיאלץ לשלם רק את החלק של ההשתתפות העצמית. הרי שאין צורך לדון בשאלת החזר הוצאות השמאי, מאחר וחברות

סימן נג

האם הדר בבית חבירו בלא רשות חייב לשלם דמי שכירות

אייר תשנ"ו

צריך להעלות לו שכר, כל זמן שהחצר לא קיימא לאגרא, דזה נהנה וזה לא חסר פטור.

לכאורה בנידון שלפנינו, הבעל של הנתבעת הוא גברא דעביד למיגר והדירה אינה עומדת להשכרה, מאחר שהיא משועבדת לזמן ארוך לצורך מדור הילדים.

בטור ובשו"ע (שם) פסקו ב"גברא דעביד למיגר", אם בעל הבית אמר לו צא ולא יצא חייב לתת לו שכרו. לפי זה, מהיום ולהבא הבעל יחוייב להעלות לתובע את שכרו. אך נראה שבעלה של הנתבעת יחוייב להעלות שכרו למפרע. אמנם התובע לא מחה בו באופן ישיר, שהרי לא ידע שהוא דר שם, אך הסכם הגירושין יחשב כמחאה, וכמו שנבאר.

מקור הדין שכתבו הטור והשו"ע הוא בסוגיא שם (כ:)- "נטל אבן או קורה של הקדש ... בנאה לתוך ביתו הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שוה פרוטה ואמר שמואל והוא שהניחה על פי ארובה". ומבואר בגמרא שאין פירכא מהלכה זו על הדין שהדר בחצר חבירו אינו צריך להעלות לו שכר, "דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת". ובארו התוספות - "כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה". וכן בשטמ"ק בשם הר"ר ישעיה ז"ל - "לאו בידיעה תליא מילתא, אלא במחאתו, ושלא מדעתו דקאמר אורחא דמילתא נקט, אלא הכי פירושו הקדש שלא במחאה כהדיוט במחאה דמי שכבר מיחה הכתוב שלא יהנה מן ההקדש".

ולפי זה ה"ה הכא שהתובע מעיקרא, בהסכם הגירושין, מחה באשתו ועמד על כך שלא ידור שם אדם, אף שלא ידע בעת המגורים, חייב להעלות לו שכר.

וע"ע בביתאור הגר"א ס"ק יג שהביא את דברי התוספות כמקור לפסק דינו של השו"ע שאם אמר לו צא ולא יצא חייב להעלות לו שכר, הרי שאין צורך שיאמר לו בפירוש, ודי במחאה שבעל הבית מחה מעיקרא, דומיא דהקדש שקיימת מחאה של גבוה שנאמרה באופן כללי, ואין מחאה באופן פרטי לאדם זה בנסיבות מסוימות.

ולפי זה לדעת הטור והשו"ע, והיא דעת רבינו יונה שהזכרה בב"י, בנידון דידן יש לחייבו להעלות לו שכר מיום שהחל לדור בדירה זו.

אך דעה זו אינה מוסכמת, ויש חולקים וסוברים שאף אם בעל הבית מחה ותבע שיצא מדירתו, אינו צריך להעלות לו שכר.

בביה"ד התקיים דין תורה בין שני צדדים שהם גרוש וגרושתו. הצדדים התגרשו בבית הדין לפני מספר שנים ולהם ארבעה ילדים, וכן דירה השייכת לשניהם בשותפות בחלקים שווים. לאחר הגירושין הילדים נשארו בחזקת האם והמשיכו להתגורר בדירה המשותפת של בני הזוג. בהסכם הגירושין נקבע שהאם עם הילדים יתגוררו בדירה עד שהבת הקטנה תגיע לגיל שמונה עשרה. וכמו כן נקבע שאסור לאשה לצרף אליה למגורים בדירה זו אדם אחר לרבות במסגרת של נישואין.

בהסכם הגירושין האב התחייב סכום זעום למזונות הילדים - מאתיים ש"ח לחדש, מאחר שבאותה תקופה לא היה ביכולתו לשלם מאומה, אך נקבע שלאחר שמצבו הכלכלי ישתפר, יתקיים דיון נוסף בנושא המזונות.

כעת הופיע הגרוש בתביעה כנגד גרושתו. לטענתו מזה מספר חדשים הנתבעת נשואה מחדש והיא מתגוררת עם בעלה בדירה הנ"ל בניגוד להסכם. התובע דורש לקבל דמי שכירות מהבעל תמורת המגורים בדירה באותם חדשים שבהם הוא גר בדירה, וכן להוסיף תשלום נוסף עבור מגורי הבת שנולדה מנישואין אלו. וכן התובע דורש לחייב את הבעל בתשלום מכאן ולהבא, על כל חודש נוסף, שהוא והבת גרים בדירה. וכן דורש להורות על הוצאת הבעל מהדירה.

הבעל הנוכחי של האשה, הנתבע, הופיע בבית הדין והודה שהוא מתגורר בדירה כשמונה חדשים.

עומדות בפנינו שתי שאלות -

א. האם יש לחייב את הבעל בתשלום שכר דירה עבור המגורים שלו ושל בתו במחצית הדירה השייכת לתובע. השאלה מתייחסת הן לחדשים שכבר עברו, והן מכאן ולהבא.

ב. האם יש לקבל תביעתו של התובע להוציא את הבעל מהדירה. נקודה זו טעונה בירור משני טעמים, הן מפני שמחצית הדירה שייכת לתובע, והן מפני שמגורי הבעל בדירה הם בניגוד להסכם הגירושין.

דר בחצר חבירו האם צריך להעלות לו שכר

לפי מסקנת הסוגיא במסכת בבא קמא פרק שני (דף כ.- כא.), וכן נפסק להלכה בשו"ע סי' שסג סעיף ו' - הדר החצר חבירו שלא מדעתו, אף אם הוא גברא דעביד למיגר, אינו

וכן בספר חשן אהרן על סי' שסג ס"ו הביא את דברי הנחלת דוד ונשאר בתימה על השו"ע שלא הביא דעת הר"ח, ועיי"ש שהוכיח כסברת הר"ח, ונראה שמסכים עם מסקנת הנחלת דוד בשם הגר"ח מוואלוז'ין ז"ל שאין לפסוק בזה כהטור והשו"ע.

העולה מדברינו - מצינו שתי דיעות. דעה אחת סוברת שאם בעל הבית מחה בו ולא יצא חייב לשלם לו שכר. והביאור בשיטה זו נראה דמכיון שזכותו של הבעלים לעכב ולמנוע מאחר להכנס לרשותו ולהנות ממנו, אם השני מתעלם מהבעלים ופוגע בזכותו למנוע כניסת זרים לרכושו, הרי זה כדין זה נהנה וזה חסר שחייב.

והדעה השנייה סוברת שרק כשהדר בחצר מתחייב לשלם, יש לחייבו גם בלא שהבעל הבית נחסר, מכיון שהתחייב לשלם עבור הנאתו. אבל בלא התחייבות, אין מקום לחייבו עקב מחאת בעל הבית, דעכ"פ לא חסר, ועל מה נוכל לחייבו.

כדעה ראשונה פסקו הטור והשו"ע. והבאנו ראשונים הסוברים כדעה השנייה, והיא שיטת הר"ח וסייעתו שהביא הנחלת דוד שאין מקום להוציא ממון ולחייב את הבעל בתשלום שכר דירה, בין על העבר ובין על העתיד, ורק ניתן לכפותו לצאת.

למעשה לפי הכרעת הג"ר חיים מוואלוז'ין ז"ל הנחלת דוד והחשן אהרן אי אפשר לחייבו ולהוציא ממון מספק.

דר בדירה שחציה של אשתו וחציה של אדם אחר

האמור לעיל נכתב בהנחה שדינו של הבעל כמי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו. אך עדיין יש לדון האם בעלה נידון כמי שדר בחצר חבירו. לכאורה בנידון שלפנינו, מכיון שלאשה יש מחצית מהדירה היא יכולה לומר הכנסתי את בעלי למחצית שלי, ואינו דר בחצר חבירו שלא מדעתו, וכן יש לדון האם אכן הוא בגדר גברא דעביד למיגר כפי שכתבנו בתחילת הדברים.

נראה ששאלות אלו יתבררו מתוך דברי האור זרוע עמ"ס בבא קמא סי' קכה, (שהובאו דבקצרה בהגהות האשר"י על הרא"ש בסוגיא).

האור זרוע הביא מקרה של בית השייך בשותפות לשתי אחיות רחל ולאה, לאה נישאה לראובן ושניהם נכנסו לגור בבית הנ"ל. בתוך הדברים נשאלה השאלה האם הוא חייב לשלם דמי שכירות לאחות השניה, והובאו שתי דעות.

בעל האור זרוע כתב, וז"ל - "קיי"ל הדר בחצר חבירו שלא מדעת אין צריך להעלות לו שכר בחצר דלא קיימא לאגרא. וראובן זה לא נהנה מחלק רחל ולא חסרה, דכיון שהבית מחזיק ח' אמות ויש בו דין חלוקה ד' אמות לכל אחד כדאמרין בסוכה, אע"פ שנשתמש ראובן בתוך הבית לא מצי למימר אפוטרופוס (של רחל) הא איתהנית, דכיון דחצי הבית של ראובן הו"ל כגברא דלא עביד למיגר, ולא מצי אמר ליה נמי חסרת את רחל, דכיון דלא מיחה ראובן

בספר נחלת דוד עמ"ס בבא קמא דף כא. הביא מהשטמ"ק שני פירושים בביאור דברי הגמרא "הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת", הפירוש הראשון הוא הפירוש שהבאנו לעיל בשם רבינו ישעיה, והפירוש השני הוא בשם הרשב"א.

וז"ל השטמ"ק בשם הרשב"א - "הכי קאמר כהדיוט מדעת ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה".

וכתב הנחלת דוד לבאר, וז"ל - "הפירוש האחד הוא, דעד כאן לא נאמר זה נהנה וזה לא חסר פטור אלא היכא שלא מיחו בו הבעלים בפירוש שלא ידור בו, אבל היכא שהבעלים מיחו בו בפירוש הרי הוא מחוייב לשלם, ולכך הקדש שלא מדעת הוה כהדיוט מדעת משום דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה, והוי כאילו מיחה בו בפירוש. הפירוש השני, דהא דאמרין כהדיוט מדעת דמי ר"ל דהוי כאילו התנה עמו על מנת שישלם את השכר, והך כמדעת דמי קאי על הדר, ור"ל כאילו הדר נתרצה ליתן את השכר, דכיון שהתורה חייבתו במעילה הוי כאילו בהדיוט היה מתרצה בפירוש ליתן את השכר. ונראה דהטור שכתב בסי' שסג, וכן פסק הב"י בשו"ע להלכה, דהיכא דמיחו בו הבעלים לכתחילה ואמרו לו צא הרי הוא מחוייב לשלם, ע"כ דס"ל כהך פירושא קמא שכתבנו, דבלא"ה אין שום מקור לדין זה. אבל לענ"ד העיקר כהך פירוש תניינא. דאילו לפירושא קמא תקשה מאי ס"ד דר' אבהו דרצה להוכיח מכאן דזה נהנה וזה לא חסר חייב, אטו לא ידע ר"א מהא דאסור למעול בשל הקדש הלא מקרא מלא דבר הכתוב ומאי חידש לו התרצן בזה. ועוד בעיקר סברתם לא הבנתי כלל דמה בכך שמיחו בו הבעלים בפירוש, מ"מ כיון דסוף סוף לא חסר אמאי יהא חייב לשלם, וגדולה מזו כתב הראב"י הביאו המרדכי דכפינן לבעה"ב להניחו לדור משום דכופין כל מידת סדום, וא"כ איך נחייבו על העבר. דנהי דלא קיי"ל כראב"י ... אבל לחייבו על העבר אינו עולה על הדעת כלל, כיון דסוף סוף לא חסר כלום ... אין לנו שום צד סברא לחייבו במיחה טפי מבלא מיחה, רק דבחיטרו תליא מילתא, וכיון דחזוין דבהקדש חייב שמע מינה זה נהנה וזה לא חסר חייב, ועל זה קא מדחי הש"ס ולא היא כו' ור"ל דהוי כאילו התנה בהדיא שישלם, כיון שהתורה חייבתו בתשלומין הוי כאילו קיבל עליו מעצמו את התשלומין. וכן הוא בחידושי מהר"ם לובלין כהך פירושא תניינא, וכן הוא להדיא בחידושי הרשב"א בשם הר"ם עיי"ש ... ועכ"פ לדינא נראה עיקר בזה דלא כהטור וב"י, וכדברי הרשב"א בשם ר"ח אשר עליו כתבו הפוסקים שכל דבריו דברי קבלה, וביותר דבריו מסתברין טפי בסוגיין, ובפרט שדברי הטור הם להוציא ממון, וכיון שהסוגיא מתפרשת ברווחא לפום פירושא תניינא, א"כ מנלן לפרש כהך פירושא קמא ולחדש דין כדי להוציא ממון מן המוחזק. וכמדומה שכן שמעתי מאדמו"ר הגאון החסיד זלה"ה, דלית הלכתא כהטור בזה, ועיי"ן.

מבואר מדבריו שהריב"א לא הסכים לסברא הראשונה של האור זרוע שיש לדון את ראובן כמי שדר רק בחלקה של אשתו, אך הריב"א נוטה להסכים לסברא שכתב האור זרוע בהמשך דבריו דאמנם ראובן דר גם בחלקה של רחל אך מאחר שיש לו אפשרות לחלוק את הבית ולדור בחלק של אשתו, הוא נידון כגברא דלא עביד למיגר.

נחזור לנידון שלפנינו. אמנם מדברי האור זרוע אין הכרעה לומר שהבעל יוכל לטעון שהוא רק דר בחלקה של אשתו, אך עכ"פ מוסכם על האור זרוע והריב"א דעכ"פ יש לדון כגברא דלא עביד למיגר.

אמנם היה מקום לחלק בין הנידון שבאור זרוע לנידון שלפנינו, בנידון שבאור זרוע הבעל גר בהיתר בחלקה של אשתו, ואילו במקרה שלפנינו לכאורה היה אסור לו לגור בדירה, וממילא היה עליו לחפש מקום אחר למגורים ויש לדון כגברא דעביד למיגר, דבעמוד והוצא קאי.

אך שתי תשובות לדבר, ראשית אף אם נקבע שאין לו רשות לגור בדירה, אך עכ"פ אם אשתו תרצה, תוכל לוותר על זכותה לגור בדירה עד שהבת הקטנה תגיע לגיל שמונה עשרה, ותבקש למכור את הדירה ולהתחלק בה, ובכסף שתקבל תקנה דירה קטנה יותר, וממילא תמיד ישאר לו מקום מגורים כלשהוא, ואינו בכלל גברא דעביד למיגר. אך עניין זה עדיין טעון בירור עובדתי האם ישאר בידה לאחר מכירת הדירה והחזר חוב המשכנתא סכום שיש בו כדי לקנות דירה קטנה, באופן שיוכלו להמנע משכירת דירה.

שנית, עיקר הענין שהנחנו שהבעל גר בדירה שלא ברשות אינו ברור והעניין טעון בירור.

ויש לדון בזה בשתי נקודות, ראשית מצד ההסכם שקבע שאסור לאשה להכניס אדם נוסף למגורים בבית, ושנית גם לולי ההסכם.

בענין תוקפו של הסעיף הנ"ל בהסכם, מאחר שאין כאן התחייבות בתשלום ממון אלא בהמנעות מפעולה כלשהיא, הענין שנוי במחלוקת הפוסקים, ויש אומרים שהתחייבות בשב ואל תעשה היא קנין דברים ואינה תקפה אף שנעשה עליה קנין מאחר והדברים לא מהני קנין. עיין בספר משפט שלום סי' רט ס"י ובשו"ת דברי מלכאל ח"ה סי' רטו ובשו"ת מנחת יצחק חלק ו' סי' קע ס"ק יח.

אמנם גם אם הסעיף הנ"ל אינו תקף כסעיף מחייב, אך עדיין יש לראות בהפרתו כהפרה יסודית של ההסכם ויש לקבל תביעת התובע שעקב ההפרה אינו מחוייב לאפשר לאשה מדור בדירה למשך השנים הבאות ויש למכור כבר כעת את הדירה.

אך גם נקודה זו אינה מחוייבת. אמנם האשה הפרה את הסעיף הנ"ל בהסכם, אך לא כל הפרה של ההסכם גוררת אחריה ביטול ההסכם. מאחר שמתן זכות המגורים בדירה לאשה אינה מותנית בפירוש בכך שלא תכניס את בעלה לדירה, עיי"ש במנחת יצחק שהביא בשם הדברי חיים שהסכם בטל כשסעיף מסויים לא מתמלא, רק אם ההסכם

ביד אביה להכניס איש אחר בחלקה להעלות לה שכר, ולא מיחה לחלוק הבית אשתכח דלא חסרה כלום ... ואם באת לחלוק ולומר ראובן זה קרוי גברא דעביד למיגר והוא נהנה ... כדתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין להכנס לחצר ר"א בן יעקב אומר זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו, ובכניסה גרידא שהוא משתמש תשמיש ארעי הוא דפליגי ופסק הלכה כר"א בן יעקב, אבל בתשמיש קבוע לכו"ע אסורים כדקתני סיפא ושניהם אסורים להעמיד שם ריחיים ותנור ולגדל תרנגולים. ודירת ראובן נמי תשמיש קבוע וקרוי נהנה. אי אפשר לומר כן דהא מוקמינן לה מחלוקת שאין בה דין חלוקה הילכך כל חד וחד נהנה מחבירו שאין החצר ראויה לשניהם. אבל בית זה כבר אמרנו שיש בו דין חלוקה. ואפילו אם ת"ל ... סיפא דמיירי בתשמיש קבוע מודו בה תרווייהו אפילו ביש בה דין חלוקה איירי, אלמא אפילו כה"ג מיקרי כל אחד נהנה משל חבירו. לא קשיא לן ולא מידי. דגבי איסור הנאה וקונם ושבועה אפילו במידי דאית ביה הנאה פורתא אסור, אבל גבי ממונא מקרי לא עביד למיגר ואינה חשובה הנאה כיון דפלגא דידיה. ועוד אפילו ילפת ממונא מאיסורא והוי זה נהנה, הא קיי"ל כר"א דאמר הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר, ואוקימנא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, אלמא כיון דלא חסריה ליכא לן למיחש במאי דאיתנהי.

בהמשך הדברים מסקנת האור זרוע היא - "אם הבית אין בו כדי חלוקה, מודה אני שאין יכול ראובן לומר בחלקי אני משתמש תשמיש קבוע, וכיון שדר בלא דעת רחל ... כדאמר גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו ונהנה ומחסרהו, שאם לא היה בבית, היה איש נכרי דר בו ומעלה שכר לשניהם ... אבל מאחר שהבית יש בו דין חלוקה אומר אני שאין ראובן חייב להעלות שכר לרחל מחצי הבית".

הרי שהאור זרוע כתב שתי סברות. ראשית, שאם הבית יש בו דין חלוקה, יכול ראובן לומר אני דר בחלקה של אשתי, ואינו בגדר דר בחצר חבירו. ואח"כ כתב שיתכן מאחר שהלה משתמש תשמיש קבוע בחלק של השותף השני, הרי הוא כמי שדר גם בחלקו של השני, אך עכ"פ יש לדון כגברא דלא עביד למיגר מאחר שיכול לגור בחלק של אשתו בלבד, וזו כוונתו במש"כ "אבל גבי ממונא מקרי לא עביד למיגר ואינה חשובה הנאה כיון דפלגא דידיה".

באור זרוע מובאת תשובת רבי יצחק בר אשר הלוי שהשיב לבעל האור זרוע שיש לחייב את ראובן, וז"ל - "חייב להעלות שכר לרחל מכל חלקה שהרי נשתמש בכל הבית. ואם היה די לו בחצי הבית היה לו להושיב ב"ד ולחלוק הבית קודם שנכנס בו. ואפילו הוא גברא דלא עביד למיגר כמו שאמרת שהיה לו די בחצי הבית. ואין הפטור תלוי אלא בדלא קיימא לאגרא דאמר ליה מאי חסרתיק, אבל חצר דקיימא לאגרא אפילו גברא דלא עביד למיגר חייב דהא חסריה, ואתה אמרת לבסוף דחצירו דקיימא לאגרא הוא", עכ"ל.

לאשה על הסכמתה לפרנס את הילדים בכוחות עצמה, ובמצב הנוכחי שאין כל אפשרות אחרת לגדל את הילדים, זכותה של האשה לקבוע מהו המחיר שהיא דורשת עבור ההוצאות שמוציאה לפרנסת הילדים והטיפול בהם.

ומטעם זה נשללת מהתובע הזכות לתבוע כעת מכירת הבית עקב הפרת ההסכם מצד האשה, מאחר שאם האשה מבקשת להמשיך לגור בדירה עם הילדים, יש לקבל בקשה זו ולראות בזה תשלום לאשה על הסכמתה לגדל את הילדים בכוחות עצמה. לכן התביעה למכור את הדירה כעת נדחית גם לולי הסברא שהבאנו לעיל מהדברי חיים והמנחת יצחק.

העולה מהאמור -

א. בעלה הנוכחי של האשה רשאי להמשיך להתגורר בדירה.

ב. אמנם הוא מתגורר גם בחלקו של התובע, אך מעמדו ביחס למגורים אלו הוא כגברא דלא עביד למיגר, וכעין סברת האור זרוע והריב"א בנידון שלהם.

ואמנם בנידון האור זרוע, כתב הריב"א לחייב את הבעל בתשלום שכר דירה, מאחר שבעובדא שם היה ניתן להכניס אנשים נוספים למגורים בבית וכפי שאכן נעשה, עיי"ש, וממילא לולי המגורים של הנתבע, השותף השני היה יכול לקבל שכר דירה, וכמבואר בדבריהם, אך בנידון דידן נראה שמאחר ששני השותפים בדירה התחייבו לייחד את הדירה למגורי הילדים, וכמפורט בהסכם, הרי שעד שהילד הקטן יגיע לגיל שמונה עשרה הדירה אינה עומדת להשכרה, וכעין סברא זו כתב הנתביבות בסי' קנד בחי' סק"ז. וגם בלא"ה מאחר ובנידון שלפנינו חובת האב למדור הילדים יכולה להתממש רק בדירה זו, וכל אפשרות אחרת מעמידה בספק את יכולתו לתת מדור לילדים, הרי שיש לראות את הדירה כמי שאינה עומדת להשכרה גם אם האשה לא היתה נישאת.

ולכן בנידון זה דינו של הבעל כדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו בגברא דלא עביד למיגר וחצר דלא עבידא למיגר. ובכה"ג קיי"ל דאינו צריך להעלות לו שכר, דהוי ליה זה לא נהנה וזה לא חסר ופטור.

דר בביתו של חבירו והזיקו מעט

הענין שלפנינו עדיין טעון בירור בנקודה נוספת.

בחי' הרשב"א עמ"ס ב"ק דף כא. ד"ה אמר רב הונא דן בשאלה שבתחילת הסוגיא משמע דבסתמא אמרו זה נהנה וזה לא חסר פטור, ובסיום הסוגיא תלו הפטור ברוח שיש לבעל החצר. וכתב הרשב"א וז"ל - "ושמא נאמר כי על כל פנים יש הפסד קצת בבתים מחמת דריסת רגל הדיורין, אלא שהריוח שמצילין אותה משאינה עולה כנגד הפסד זה. וממנה שאם היו כבר אנשי ביתו או אנשים אחרים דרים בה מחמת בעל הדירה ובא אחר ודר בה מעלה לו שכר".

וכן כתב הנתביבות בסי' שסג סק"ט בלא שראה את דברי הרשב"א. דעת הנתביבות שבבית דלא עביד לאגרא, אם

מנוסח באופן שהתחייבות מותנית בקיום אותו סעיף. ולכן בנידון שלפנינו מאחר וההסכם אינו מנוסח באופן שכולו מותנה באי הכנסת אדם אחר לבית, אין מקום לבטלו עקב הפרת אותו סעיף בהסכם.

בנוסף, אין אומדנא דמוכח שזו היתה הכוונה, כלומר אין אומדנא כזו במצב הנוכחי שהאב אינו יכול לפרנס את ילדיו ולתת להם מדור, יתכן שמעדיף לעמוד בחיובו על פי דין ולאפשר להם את המדור הנוכחי אף אם תהיה הפרה של הסעיף הנ"ל, מאשר למכור את הבית ולהתחלק ביתרה לאחר החזר החובות, באופן שישאר בידו סכום קטן שלא יאפשר לו לתת מדור לילדים.

זכותו של אחד מהשותפים למנוע מהשני להוסיף דיורין

לכאורה, מטעם אחר יש לחייב את הבעל לעזוב את הדירה. המרדכי במסכת בבא בתרא פרק חזקת הבתים (סי' תקנח) כתב, וז"ל - "נשאל לר"מ על הרבה שותפים שבבית אחד והאחד מרשה את הרבים להשתמש בחלקו, אם חביריו יכולים לעכב. והשיב דבר פשוט הוא שיכולים לעכב ... ואם תאמר הא דתנן בנדריים פרק השותפין היה אחד מן השוק מודר הנאה מהם לא יכנס לחצר ורבי אליעזר בן יעקב אומר יכול הוא לומר לתוך של חבירך אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך, וקיימא לן כראב"י כדמפרש התם. יש לומר דהני מילי בחצר דס"ל ויתור מותר במודר הנאה דאהילוך דחצר לא קפדי אינשי, אבל הילוך דבית לאו ויתור הוא וקפדי אינשי".

וכן פסק הרמ"א בחו"מ סי' קנד סעיף ב'. ובסמ"ע סק"ח כתב - "נראה דאפילו לא דר השותף עמו בבית יכול למחות לזה שלא להכניס לאחרים בביתו כי יקלקלו את חלק ביתו מחמת ריבוי הדיוריים".

לפי זה גם בהעדר תוקף מחייב לסעיף הנ"ל בהסכם הגירושין, עכ"פ הוי כמחאה מצד שותף אחד הדורש שהשותף השני לא יכניס אדם נוסף לדירה, ובכה"ג הדין עמו. אך בנידון שלפנינו, מאחר שהתובע אינו מפרנס את הילדים מלבד סכום נמוך ביותר של מאתיים ש"ח לחדש, והאם מגדלת אותם ומפרנסת אותם בכוחות עצמה. והיא בקשה בדיון האחרון להעביר את הילדים לאביהן והלה הסכים לקחת רק את הבן הגדול, ולאחר זמן התברר שאין ביכולתו להחזיקו והחזירו לאמו. הרי שבמצב כזה זכותה של האם להתנות את הסכמתה לגדל ולפרנס את הילדים בכך שהבעל יאפשר לה לדור בדירה עם בעלה, המסייע לה סיוע שיש בו ממש.

ולכן אמנם לולי שהיו כאן ילדים שמוטל על האב לפרנסם, היה עלינו לקבוע שעל הבעל לצאת מהדירה, אך מאחר שעל האב מוטל לפרנסם ולתת להם מדור, והוא אינו עושה כן בטענה שאינו יכול לשלם דמי מזונות כפי הנחוץ לצרכי הילדים, וכן אינו מוכן להעבירם לרשותו, הרי שאנו יורדים לנכסיו וכופין אותו שלא לממש את זכותו להוציא את בעלה של הנתבעת מהדירה, וכל זה כתשלום חלקי

ולפי האמור, בנידון דידן לסברת הרשב"א והנתיבות שבכה"ג דיינינן ליה כמי שחיסרו, העניין ישאר שנוי במחלוקת הראשונים האם מגלגלין עליו את הכל, וחייב בכל שכר הדירה של חצי הדירה. ולהלכה הובאו שתי הדעות בשו"ע ומספק אי אפשר לחייבו.

אך אין לראות במחלוקת זו ספיקא דדינא והעיקר כדעת הפוסקים מתשלום שכר דירה. כן כתב בספר נחלת דוד בסוגיא בב"ק (ד"ה והרשב"א), וז"ל - "אם זה לא נהנה כלל, כגון שהוא גברא דלא עביד למיגר והחצר נמי לא קיימא לאגרא, דמן הדין הוא פטור לגמרי, רק שחסרו קצת בשחרוריתא דאשייתא, א"כ מילתא דפשיטא הוא שאינו מחוייב לשלם רק בעד ההוא פורתא שחיסרו בשחרוריתא שאשייתא, דבמה יתחייב ביותר כיון דבעד הנאתו אינו מחוייב לשלם דהא לא נהנה, וא"כ עיקר התשלומין הוא בעד חסרונו... ואף שכתב ברבינו ירוחם דיש חולקים והביאו ג"כ הרמ"א שם, מ"מ דעת החולקים לא נתבררה בזה, דמצד הסברא ודאי נראה דהעיקר כדיעה קמייתא וכדכתבנא."

ונראה לסייע למסקנת הנחלת דוד, דהנה עיקר הסברא מדוע מפני שחיסרו חיסרון מועט מגלגלין עליו את הכל, לכאורה צ"ע מה הטעם שחיסרון מועט יגרום תשלום של כל השכר דירה, והטעם לא מפורש בראשונים, עיין תוס' בב"ק כא. ד"ה ויהי ובכתובות דף ל: ד"ה לא וברא"ש בב"ק סוף סי' ו' ובנמוק"י בסוגיא בשם הריטב"א. רק הרשב"א בחי' שם (ד"ה שאני התם) כתב ביאור קצר בזה, וז"ל הרשב"א - "וכיון שהם חסרים אפילו דבר מועט מחייבין אותו ליתן שכרם משלם, משל אם בא לנפות מנפה כולו". היינו דהרשב"א תולה את הסבר הענין בסוגיא בב"ב צד..

והתבאר הדברים בשו"ת מהרי"א עניזל סי' מא, וז"ל - "מדברי הרשב"א נראה טעם הדבר דמדמה ליה להא שאמרו אם בא לנפות אומרים לו שינפה את כולו. והטעם דבדבר מועט אין דרך בני אדם לתבוע לדין ומסתמא דעתו למחול שמתבייש לבא לדין על דבר מועט שרגיל להתערב בו בלא כוונת המוכר לאונאה. אבל אם מעורב בו יותר מהרגיל דהוי אונאה וצריך לבוא עמו לדין, על דעת כן לא מחל לו כלום, ולכן אומרים לו לנפות את כולו. וה"נ כל שלא חיסר אף שזה נהנה ה"ל מידת סדום ואין דרך לתבוע עליו ומסתמא אמרינן דמחיל ליה ואפילו בא לבי"ד לא מזדקקין ליה דבטלה דעתו אצל כל אדם, כמו בצרורות שנתערב כשיעור דאין אומרים לו לנפות אפילו אם תבעו דבטלה דעתו אצל כל אדם. אבל אם זה נהנה וזה חסר קצת אין בזה משום מדת סדום לתבוע כיון שיש בו חסרון, אדעתא דהכי לא מחיל ליה מידי, וכיון שבא לבי"ד נזקקין ומגלגלין עליו כל הנאתו."

ולפי זה אין מקום לסברא זו אלא בזה נהנה וזה לא חסר, משא"כ בזה לא נהנה וזה לא חסר. ומאחר וסברא זו של הי"א ברבינו ירוחם לא התבררה, יש לקבל את מסקנת הנחלת דוד שהעיקר כדעה דבכה"ג אין מגלגלין עליו את הכל.

השובר נתן רשות לאדם אחר שידור עמו, והוא גברא דעביד למיגר, חייב להעלות שכר למשכיר, והטעם - "דהא ודאי איכא קילקול במה שדריין בבית, והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מתבא יתיב, וכאן כיון שדריין בו בבית דליכא משום ושאי' יוכת שער, ממילא חייב לשלם, דהא ודאי איכא קילקול קצת, דהא מה"ט אסור להשכיר למי שבני ביתו מרובין, רק דהשבח דשאי' יוכת שער עדיף מהקילקול, ובדלא שייך זה חייב לשלם כל ההנאה בדין זה, וטעם דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה". (וע"ע מש"כ בזה בספר דברי גאונים כלל קד אות לח, ואכמ"ל).

העולה מדברי הרשב"א והנתיבות דבנידון שהבית היה מיושב בין כה וכה, ונכנס אדם נוסף לדור בו בלא דעתו של בעל הבית, יש כאן רק חסרון שבעצם המגורים של אדם נוסף, ודינו של הדר בבית כמי שדר בבית חדש וחיסרו בשחרוריתא דאשייתא.

ולפי סברא זו, בגברא דעביד למיגר וחצר דלא קיימא לאגרא, לדעת רוב הראשונים ופסק השו"ע סי' שסג ס"ז מגלגלין עליו לשלם את כל שכר הדירה.

אך מאחר שהעלנו לדוננו כגברא דלא עביד למיגר, יש לדון האם גם בכה"ג מגלגלין עליו את הכל.

וז"ל הבית יוסף סי' שסג - "וכתב רבינו ירוחם בנתיב יב חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר אם השחיר הכתלים חייב, ויש אומרים דהוא הדין בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, ויש אומרים דפטור". והובאו שתי הדעות ברמ"א סי' שסג סעיף ז'.

על כן אם נצרף את שתי הסברות יחדיו, את דעת המחייבים ברבינו ירוחם, ובצירוף סברת הרשב"א והנתיבות שמגורים של אדם נוסף בדירה שכבר מיושבת יש בה משום חסרון לדירה, יש לחייבו בנידון דידן.

אך יש מקום לברר האם לדעות האלו ברבינו ירוחם הדר בדירה חייב את כל שכר הדירה, או רק מה שחיסרו והזיקו.

בסמ"ע ס"ק יט מפורש שהדעה השניה הסוברת שפטור, היינו פטור משכר דירה מלא, אך חייב בתשלום מה שחיסרו, ומבואר בדעת הסמ"ע שלדעת המחייבים יש לחייבו בשכר דירה מלא. וכן משמעות לשון הרבינו ירוחם כפי שהובא בב"י, שהרי השוה דעת המחייבים לדעת המחייבים בגברא דעביד למיגר, והתם חייב בהכל. וכ"כ בספר דברי חיים על חו"מ דיני גניבה וגזילה סי' ל', דמבואר ברבינו ירוחם שהמחלוקת היא האם ישלם הכל או רק כמה שהזיקו. וכן בספר שו"ת ישועות מלכו חו"מ סי' כב והביא שכן באר הנודע ביהודה דעת הרמ"א.

אמנם בספר דברי משפט סי' שסג סק"ג כתב לבאר דעת המחייבים דחייב רק מה שחיסרו והפטורים טוברים דהוי גרמא בנזקין ופטור.

אך הדברי חיים (הנזכר לעיל) והישועות מלכו (שם) דחו דבריו, וכתבו שברבינו ירוחם מוכח כביאור הסמ"ע.

במקום שבעל הבית מחה בו שלא ידור בביתו

נקודה נוספת שיש לדון - התובע גילה דעתו בהסכם הגירושין שאינו מסכים שאדם אחר יכנס לדור בבית, ונראה שיש לדון זאת כמחאה של בעל הבית במי שדר בבית שיצא. ובכה"ג כתב הסמ"ע ס"ק יד - "שאמר לו צא, בכה"ג בכל ענין אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר צריך לשלם לו כל שכרו כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה". ולפי זה יחוייב הבעל בתשלום מלא של שכר הדירה.

אך מלבד שכבר הבאנו לעיל מהנחלת דוד והחשן אהרן שהביאו שיטת הר"ח ולשיטתם דברי הסמ"ע קאי רק בשיטת השו"ע, אך להלכה נקטינן כדעת הר"ח.

אך גם בלא"ה ואף בדעת השו"ע גופא, מאחר ובגברא דלא עביד למיגר עסקינן, בכה"ג כתבו באבני נזר חלק יו"ד סי' קפד סק"ז ובשו"ת ישועות מלכו חו"מ סי' כב דמש"כ הסמ"ע דבריו גם ביחס לגברא דלא עביד למיגר, הדברים לא יכולים להאמר אלא לדעת הי"א ברבינו ירוחם וברמ"א שהבאנו לעיל הסוברים שאף בלא עביד למיגר וחצר דלא קיימא לאגרא, אם יש שחורריתא דאשייתא מגלגלין עליו את הכל. אבל לדעת הסוברים שהובאו ברבינו ירוחם וברמ"א, שאין לחייבו אלא מה שחיסרו, הרי שאף במקום שחיסרו וממילא הוא ודאי מקפיד עליו ולא ניחא ליה לבעל הבית שידור שם, והוי כמחאה שלא ידור שם, ואפ"ה אין מחייבים יותר ממה שחיסרו, לכן ה"ה במקום שיש מחאה מפורשת אין לחייב בגברא דלא עביד למיגר.

ולכן בנידון שלפנינו אף שהתובע כבר מחה מעיקרא שאינו מסכים למגורים שלו, בין לדעת הפוסקים שברבינו ירוחם ובין לשיטת הר"ח וסייעתו א"א לחייבו להעלות לו שכר דירה.

טעם נוסף לפוטרו משכר דירה הוא אף אליבא דסברת הרשב"א והנתיבות דיש לדרונו כמי שחיסרו, י"ל לפי מש"כ בספר ערך שי.

על מש"כ הנתיבות לחייב שבשוכר שהכניס עמו אדם אחר לדור כתב בספר ערך שי על חו"מ סי' קנד ס"ב, ח"ל - "אמנם כשאני לעצמי לא נ"ל דברי הנתיבות ... מ"ש בסי' שסג, דמ"ש שם דמגלגלין עליו כל מה שנהנה אינו, דעיקר הנאתו מהשוכר דמשלם בעד דירת הבית, נהי דנתנה לזה בחנם, מ"מ למה ישלם לבעל הבית".

וכוונתו, דהתם בסוגיא עסקינן בכה"ג שבעל הבית אינו מקבל שכר דירה מאף אחד, ולכן מגלגלין השכר על הדר שלא ברשות, אבל בנידון הנתיבות שהשוכר משלם שכר דירה, ממילא גם שכר הדירה של השני כלול באותו שכר דירה שהמשיר כבר קיבל מהשוכר, שהרי מקובל לקבוע אותו שכר דירה בין אם לשוכר יש בני בית מועטים או בני בית מרובים. ואין להקשות מדברי הרשב"א דלכאורה נקט כסברת הנתיבות, דהרשב"א לא איירי כנידון הנתיבות במי שנכנס לדירה שכורה שיש בה שוכר המשלם בין כה וכה שכר דירה, אלא בנידון הסוגיא בב"ק שם וכתב נ"מ כשבבית יש כבר דיירים כגון בני ביתו של בעל הבית, ולא הזכיר דאיירי דוקא בשוכר.

ולפי זה בנידון דידן שהתובע מקבל שכר דירה מלא מהנתבעת, והשכר הוא במה שהסכימה לגדל ולפרנס את ארבעת ילדיו מכספה. ובכה"ג יש לפסוק כסברת הערך שי שמאחר והתובע כבר קבל את שכר הדירה, מעל ומעבר למקובל, אינו יכול לתבוע שכר דירה נוסף מאדם אחר שנמצא שם, ולפי זה י"ל כן אף אילו היינו דנים אותו כגברא דעביד למיגר.

ובלא"ה, אף אילו היה על פי דין לפסוק שהבעל צריך לשלם שכר דירה לתובע, מ"מ לפי מה שכתבנו לעיל שזכותה של האשה להתנות את פרנסת הילדים וגידולם במתן זכות מגורים בדירה לבעלה, יש לומר שאף זכותה של האשה להתנות קבלת ההנאה שבמגורים ואי תשלום שכר הדירה לתובע כתשלום חלקי עבור הוצאותיה ועבור הסכמתה לגדל את הילדים. אך אין צורך לדון לפוטרו מהתשלום מכח סברא זו, מאחר ועל פי הדין בלא"ה אין מקום לחייבו בשכר דירה, ובהתאם למה שכתבנו.

מסקנת הדברים

א. אין מקום לחייב את הבעל הנוכחי של האשה בתשלום שכר דירה בין על העבר ובין מכאן ולהבא.

ב. אין להוציאו מהדירה כל עוד האשה מגדלת את הילדים בכוחות עצמה, והאב אינו מוכן או אינו יכול לפרנסם.

ג. האשה רשאית לעמוד על קיום ההסכם ולמנוע את מכירת הדירה עד שהבת הקטנה של התובע תגיע לגיל שמונה עשרה.

סימן נד**על מי חובת ההוכחה כשהנתבע מכחיש גרימת נזק**

התובע טוען שברשותו 6 דונם חלקות חקלאיות מהם 3.5 דונם שעד לאחרונה היו נטועים בעצי שזיף צעירים בני שבע שנים, והיו עתידים להניב יבול טוב. חלקה זו נמצאת בסמוך לשטחים שיועדו ע"י הנתבע לנטיעת כרם, ובנסיבות אלו

המקרה הנידון

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי תושב מושב חקלאי כנגד חבר מושב.

אמנם לדעת הר"מ אם שחט שלא בפני עדים נאמן במיגו דלא שחטתי, אך המרדכי בב"ק פרק החובל (שם) כתב - "אפילו אין עדים שקיצץ נטיעותיו אין נאמן לומר אתה אמרת לי לקוצצן ... וא"ת אמאי לא מהימן במיגו. וי"ל דה"ל מיגו במקום עדים, דאנן סהדי שהוא משקר, דאין אדם נותן רשות לקצץ נטיעות שאין עומדים לקצוץ". וכן פסק הרמ"א שם. ובט"ז הוסיף לבאר וכתב - "דאם לא, לא שבקת חיי לכל אדם. שכל אחד יזיק חבירו ויאמר ברשותך עשיתי".

אמנם כאן הנתבע אינו טוען שבעל המטע הסכים שיוזק לו ושיעקרו נטיעותיו, שבזה ודאי נאמרה החוקה שאין אדם מתרצה לכך, אלא טענתו היא שהיתה הסכמה להחלפת שטחים, ויש לדון אם גם טענה זו היא כנגד חזקה. נראה שגם בטענה זו אינו נאמן בלא ראיה.

החזו"א ב"ק סי' ז' סק"ז התייחס למקרה ששורו של אדם הזיק, והמוזיק טוען שאינו חייב לשלם מכיון ששמרו כראוי, בהתאם למבואר במשנה בריש פרק הכונס (דף נה:). וז"ל - "ויש לעיין בבעלים אומרים ששמרו כראוי, אי על הבעלים לברר בעדים או על הניזק לברר שפשעו הבעלים. ומשמע דעל הבעלים לברר, כיון דההיזק לפנינו, חשיב המוזיק כטוען דבר מחודש ועליו לברר. ולפי זה גם השומר חייב לשלם עד שיברר ששמר כראוי, אע"ג דשומר לעולם נאמן בשבועה שלא פשע, הכא מתחייב נגד הניזק מדין בעלים ואינו נאמן בשבועה".

ובסוף סי' ז' חזר החזו"א לדון בשאלה זו, ובסוף דבריו כתב - "בעיקר הדין נראה, דעל המוזיק לברר דשמר ויצאת באונס. דסתם, בחזקת נזק של חיוב קיים. וזכר לדבר, ממש"כ הריטב"א בשטה מקובצת בבא מציעא ע"ו ב' דאם פועלים חוזרים בדבר האבוד, ואיכא טענה וכפירה ביניהם, שהפועלים טוענים שאפשר למצוא פועלים לגמור המלאכה, ובעל הבית מכחישם, על הפועלים לברר".

הרי שלפי הגדרה שכתב החזו"א - "כיון דההיזק לפנינו, חשיב המוזיק כטוען דבר מחודש ועליו לברר", ה"ה בנידון זה כיון שהנזק ברור לפנינו, והמוזיק טוען דבר מחודש, דהיינו שהתקבלה הסכמה של בעל המטע לחילופי השטחים, עליו לברר ולהוכיח את דבריו.

נראה להוכיח כדעת החזו"א, ונקדים את דברי הרמב"ם בהלכות שכנים, לכאורה דבריו בפ"א סותרים את דבריו בפרק ח'.

בפרק יא הלכה ו' פסק הרמב"ם - "מי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה כגון שפתח חלון או העביר אמת המים או שלא הרחיק מה שראוי להרחיק והרי המחזיק טוען אתה אמרת לי לעשות או מחלת לי אחר שראית או הוכר הנזק ושתקת ולא מחית בי, והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם או שאמר כשראיתי מחיתי כך ואתה אמרת עתה ארחיק או אסתום ואתה מדחה אותי מיום אל יום כדי שתקבע היוזק בכל אלו וכיוצא בהן על הניזק להביא ראיה, ואם לא הביא ישבע המוזיק היסת ויפטר".

התבקש להעביר חלקה זו לנתבע ולקבל שטחים חלופיים. לטענתו, מעולם לא הסכים להצעה זו, ואף הובטח לו שלא יעשה צעד חד צדדי בלא הסכמתו לביצוע חילופי שטחים. אך למעשה לאחר מכן נוכח לדעת שהעצים נעקרו, כתוצאה ממעשה חד צדדי שעשה הנתבע להשתלט על החלקה שלו ולאכוף עליו קבלת שטח חילופי. התובע טוען בתוקף, שמעולם לא נתן את הסכמתו לעקירה ותובע תשלום בגין הנזק. התובע מעריך את מכלול הנזקים שהנתבע הסב לו בסך 50,000 ש"ח.

הנתבע הודה שהמטע נעקר על ידי טרקטור שפעל מטעמו, אך טען כי התובע הודיע לו שבנו של התובע, אותו בקש התובע לקבוע כבן ממשיך במשק שלו, מייצג אותו בנושא זה, ועמו ניהל את המו"מ לחילופי השטחים. לטענתו לאחר שהבן ראה את השטח החלופי נעתר להצעה, לאחר שהתייעץ עם אביו. על כן לדבריו, בסופו של דבר העקירה נעשתה בהסכמת התובע. הנתבע מוסיף להוכיח את טענתו בכך שהתובע שכר מודד מקצועי למדידת השטח החלופי, ומכך עולה כי עקרונית הסכים להצעה, אלא שבקש לבחון אותה לפרטי פרטים, ורק כעת חזר בו.

התובע חזר ועמד על דעתו שמצידו לא היתה הסכמה לעקירת המטע, וכי אמנם הסכים שהנתבע ישוחח עם בנו, אך לא נתן לבן סמכות לזוטר במקומו. לטענתו באותו יום שהמטע נעקר לא ידע דבר, ורק לאחר ימים נוכח לדעת שהעקירה התבצעה בניגוד לדעתו.

התובע הבהיר, שאמנם שכר מודד למדידת השטח החלופי, הדבר נעשה על מנת לבחון את ההצעה, אך אין זו הוכחה להסכמה להצעת החילופין.

נטל הראיה על התובע או על הנתבע

בפנינו טענות סותרות בשאלה האם עקירת המטע נעשתה בהסכמת בעל המטע. עלינו לברר על מי מוטל להביא ראיה לטענתו. לכאורה כלל גדול בדין - המוציא מחבירו עליו הראיה, והתובע חייב להביא ראיה לטענתו.

נראה שבמקרה זה חובת הראיה מוטלת על הנתבע. אין חולק שהמטע נעקר על ידי הנתבע. אלא שהצדדים מכחישים זה את זה, אם בעל המטע הסכים מראש לעקירה. מאחר שהנזק ברור, וטענת הפטור אינה מבוררת, על המוזיק להביא ראיה להפטר.

הטור חו"מ סי' שפב כתב שמזיק הטוען אתה הרשיתי אינו נאמן, וכן פסק הרמ"א סי' שפב ס"א.

ומקור הלכה זו במסכת בבא קמא דף צא: - "תני רבה בר חנה קמיה דרב, שורי הרגת נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להורגו אתה אמרת לי לקוצצו פטור. א"ל א"כ, לא שבקת חיי לברייתא כל כמיניה".

וכתב בשטמ"ק בשם הר"מ מסרקסטה ז"ל - "שחט שור של חבירו בפני עדים, שהיה מגדלו לחרישה, ואמר לו אתה אמרת לי לשחטו, לאו כל כמיניה ומשלם פחתו. מיהו משתבע האיך דלא אמר ליה ושקיל".

בפנינו, ויש ספק אם ראה וניפייס, על זה להביא ראיה שנתפייס".

דברי הריטב"א הובאו בספר שער משפט סי' רלב סק"ב, שהביא כן בשם הר"י מגאש. ובשו"ת עין יצחק חלק אה"ע סי' כד ס"ק מ הביא את דברי הריטב"א לנידון שלו, וז"ל - "ובלא"ה הדין נותן דנאמנת בזה, לפי דעיקר ההיתר במה שלא ידעה מן היבם הוא לשיטת הר"מ שבמרדכי דכתב דבמקום יבם מומר אגן סהדי דלא נתרצית מעולם ולא שייך גבי יבם מומר טן דו כו'. א"כ אי נימא דידיעה ונתרצית הא הוי זה כמו טענת מחילה דמבואר בכמה דוכתי דמחילה הוי טענה גרועה, ואינו נאמן בטענת מחילה אלא במיגו דפרעת. וכה"ג כתב הריטב"א לכתובות (דף ע"ה) במוכר חפץ לחבירו מידי דאית ביה מום אם הוי במקום דאפשר לראותו ומתחזי לא מצי טעין מק"ט דאמרינן ראה ונתפייס ואי הוי המום במקום דזמנין מתחזי וזימנין לא מתחזי מצי טעין מק"ט דתלינן דלמא לא חזי ליה דכיון דהמום ומקח טעות בפנינו, ויש ספק אי ראה ונתפייס, ע"ז להביא ראיה שנתפייס עכ"ל הריטב"א. וכה"ג מבואר בח"מ סי' שע"ג סעיף ג' בטען המוכר שהלוקח ידע שהיא גזולה והלוקח טען שלא ידע על המוכר להביא ראיה. והכל הוא מטעם הנ"ל לפי דכל זמן דאין לנו הוכחה ברורה שנתרצה, אמרינן לחזקה דלא נתרצה, ואין אדם מתפייס במומין והכל הוא משום דמחילה הוי טענה גרועה".

בנידון דידן שמעשה העקירה נעשה בפרהסיא בנוכחות אנשים נוספים, כפי שנאמר בדיון, אין כאן מיגו לטעון להד"ם, ועל כן טענת הנתבע צריכה הוכחה על ידו. ובנוסף, מסתבר שהסכמים מעין אלו, הסכמים להחלפת חלקות חקלאיות, נערכים בכתב, והטענה שנעשה הסכם כזה בדיבור גרידא היא טענה גרועה שאינו נאמן בה בלא ראיה, דומיא דטענת סיטראי שכתב בהגהות האשרי במסכת כתובות פרק ט' סי' ד', וטענת מחילה שכתב בשו"ע חו"מ סי' ע' סעיף א'.

מסקנת הדברים - בנידון שבפנינו יש להטיל את חובת ההוכחה על הנתבע. וזאת משני טעמים, ראשית, נעשה נזק למטע והמוזיק הטוען טענת פטור, אינו נאמן בלא ראיה, וכמ"ש הפוסקים בחו"מ סי' שפב, וכמו שפסק החזו"א. שנית, גם בנידון אחר שאינו נחשב כמעשה נזק מובהק, אם בפנינו מצב שלתובע נגרם הפסד לרכושו, ובפיו של הנתבע טענה שהיתה הסכמה מצד התובע, טענה זו היא טענה גרועה הדורשת הוכחה, דומיא דמש"כ הריטב"א שאין לקבל את טענת המוכר הטוען שהקונה מחל על המום. ובהעדר ראיה לטענת הנתבע עליו לשלם את מלוא הנזק.

לעומת זאת בפרק ח' הלכה ז' פסק הרמב"ם - "כותל שבין ראובן ושמעון אם היו שותפין בה שניהם משתמשין בו זה חופר מצד זה ומכניס קורותיו כל שהן, וזה חופר מצד זה ומכניס קורותיו, היה הכותל של ראובן לבדו אין שמעון יכול להשתמש בו, חפר שמעון בכותל זה והכניס בה קורה אחת ושתק ראובן ולא מיחה בו החזיק במקום הקורה ... ואם חיבר ראש הקורה בכותל בטיט, מיד החזיק, והוא שיביא ראיה שראובן סייע עמו או ראה ולא מיחה".

בספר כנסת הגדולה חו"מ בהגהות הטור סי' קנה ס"ק נא תמה על סתירת דברי הרמב"ם, שבפרק יא כתב שעל הניזק להביא ראיה שלא מחל, ואילו בפרק ח' פסק שחובת הראיה על המחזיק בכותל ומוזיק את חבירו.

וז"ל נתיבות המשפט סי' קנג ס"ק יד - "התמיה מבואר בכנה"ג ... ועי"ש שתרץ בדוחק. ולפענ"ד נראה ליישב, דדוקא בהרחקת נזקין, שעושה הדבר בשלו, רק שמזיק לחבירו פסק דאין צריך ראיה, כיון שהוא מוחזק בשלו נאמן, דחבירו הוי כמוציא מחבירו ועליו הראיה. ואף דשם נקט ג"כ או שהעביר אמת המים, ג"כ כוונתו שעושה האמת המים בשלו, רק שלא הרחיק כשיעור שמרחיקים אמת המים המבואר בסי' קנ"ה. אבל הכא שבא להחזיק ולהשתמש בכותל חבירו, וחבירו יש לו חזקת מרא קמא על המחזיק, שבא לטעון נגד חזקת מרא קמא, עליו הראיה ... ודאי דדעת הרמב"ם דרק באילו דחשיב שעושה הדבר בשלו, המחזיק נאמן. משא"כ כשעושה בשל חבירו אין המחזיק נאמן עד שיביא ראיה שראה המערער ומחל".

ואפילו כשהמוזיק עושה בשלו, פסק הרמב"ם בפי"א ה"ז - "החזיק בנזק שאין לו חזקה כגון עשן ובית הכסא וכיוצא בהן וטען המוזיק שקנה מידו של ניזק על המוזיק להביא ראיה שקנו מידו, ואם לא הביא ישבע הניזק היסת שלא קנו מידו על כך, ויסלק זה היזקו".

ולפי זה בנידון שבפנינו, מאחר שהנתבע עקר את המטע, ועקירה כזו היא מעשה שבטיבעו נחשב כמעשה נזק, וגרע מקוטרא ובית הכסא, על המוזיק הטוען טענת פטור, להביא ראיה לטענתו.

מצינו דוגמא כעין נידון דידן, שהטוען שהניזק שתק ומחל, אינו נאמן בטענתו בלא ראיה. בחי' הריטב"א עמ"ש כתובות דף עה: ד"ה, האי שומא' כתב - "מהא שמעינן, דמאן דמזבין מידי לחבריה דאית ביה מום, אי הוה מומא במקום שאפשר לראותו לעין ומתחזי תדיר, לא מצי טעין מקח טעות. דאמרינן ראה הוא וניפייס הוא. ואי הוי מומא בדוכתא דזימנין דמתחזי וזימנין דלא מתחזי, מצי טעין מקח טעות, דתלינן דלמא לא חזי לה. שכיון שהמום ומקח טעות

סימן נה

"זכויות יוצרים" לאדם שצולם בקלטת וידאו

שאינו מסכים להפצת השיעור בקלטת אלא בתנאים מסויימים וכיוצ"ב, אך אם השיעור הוקלט ונערך על גבי קלטת בסתמא, ובלא תנאים מוקדמים מצד הרב, והרב ידע שהשיעור יוקלט על גבי קלטת ויופץ אך לא דרש זכויות כאלו ואחרות, אין מניעה להפצת השיעורים.

תשובה בנידון זה מצויה בספר אגרות משה אורח חיים חלק ד' סי' מ' אות יט שכתב – "בדבר אחד שעשה טייפ מדברי תורה וכותב שאוסר לעשות מטייפ שלו עוד טייפס, ודאי אסור. כי הוא ענין שוה כסף ועשה הטייפ להרויח מזה שאחרים שירצו יצטרכו לשלם לו, שא"כ ליכא משום מדת סדום, וממילא כיון שהוא חפצו אין רשאי ליקח אותו להשתמש בו שלא ברשות. ואף כשלא שמעו ממנו שאינו נותן רשות, אסור להעתיק ממנו בסתמא, כל זמן שלא הרשה בפירושו. ואדרבה בעל הדברי תורה, כיון שאמר זה ברבים, שכל אחד יכול להעתיק על טייפ, אין לו שום רשות למנוע מלעשות טייפס, אם לא כשאמר לכל אלו שבאו לשמוע שאינו אומר אלא כשיבטיחו לו שלא יעשו טייפס מזה, מאיזה טעם שאינו רוצה לפרסם, דאף שלא שייך איסור גזל על זה, איכא עכ"פ איסור מלעבור על דעתו אף כשיודעין השומעין שאינו רוצה גם בלא התנה וכ"ש בהתנה שאסור שהרי הטריחוהו באופן שאמר שאינו רוצה והוי כעשו מלאכה באחד בעל כרחו ... אבל עכ"פ הוא ענין איסור אחר ולא איסור גזלה".

מבואר מדברי האגרות משה, שככל שהדבר נוגע לזכויות היוצרים של מגיד השיעור, די בהסכמתו בעת ההקלטה שהוא מסכים להקלטה, ולהפצת הקלטות, ואין צורך בקנין וכיוצ"ב אלא די בהסכמה בעלמא. מאחר שגם אילו הפיקו קלטת בניגוד גמור לדעתו אין בכך גזילת רכוש או זכויות ממון השייכות לרב, וכיוצ"ב, אלא שהטריחוהו ועשו בו מלאכה בניגוד לרצונו, על כן ככל שהדבר נוגע לנידון זה, די בכך שבעת שהקליטוהו, הדבר נעשה בהסכמתו, ושניתנה הסכמתו להפצת הקלטות.

במקרה דנן, אין ספק שבעת הפקת הקלטת לא היתה כוונת התובע לתבוע זכויות יוצרים, וברור שבאותה עת הוא הסכים להפקת הקלטת לזיכוי הרבים בלא לבקש זכויות כאלו או אחרות. ואכן בעת הפקת הקלטת נרשם שהזכויות שמורת לעמותת ג. ובלא תוספת זכויות לגורם נוסף, ובאותה עת התובע שתק ולא טען שהרישום אינו אמיתי, ואף מכר קלטות רבות וקבל חלק מההכנסות. בנסיבות אלו כעת מתברר שבעת ההפקה, וכתה העמותה בכל זכויות היוצרים, וכעת התובע אינו יכול לחזור בו ממחילתו על זכויות יוצרים, ולחזור בו למפרע מהסכמתו.

בבית הדין התקיים דיון בין התובע א., והנתבע ב. יו"ר ארגון ג., לאחר שנחתם שטר בוררות כנהוג.

עיקרה של התביעה היא כדלהלן.

ארגון ג. הפיק קלטת וידאו, והתובע הוא הדמות המרכזית בקלטת זו. כעת התביעה היא לפסוק שזכויות היוצרים בקלטת זו שייכות לתובע, ולקבוע את ההשלכות הנובעות מקביעה זו. לעומת זאת, הנתבע טען שאין לתובע זכויות יוצרים בקלטת.

יצויין כי על הקלטת עצמה נרשם שם ארגון ג. וכן נרשם "כל הזכויות שמורות", ואילו שמו של התובע אינו מוזכר כמפיק הקלטת. וכן נציין שלא נערך כל הסכם בכתב בין הצדדים בטרם התובע צולם עבור הקלטת.

התובע טוען שבטרם החלו הצילומים נאמר לו בעל פה על ידי הנתבע שהקלטת תופץ בחינם. ואילו הנתבע טוען שנאמר לתובע שהקלטת תופץ לזיכוי הרבים, אך לא הובטח לו שהקלטת תחולק חינם. לדבריו, הושקעו סכומי כסף רבים בהפקת הקלטת, ונאלצו למוכרה בסכום נמוך על מנת להחזיר את ההוצאות.

השאלה העומדת בפנינו היא, האם לאחר שהתובע הסכים להצטלם ולהשמיע את דבריו בסרט שבקלטת, וידע שהיא תופץ על ידי המפיקה ג. ולא דרש לקבל את זכויות היוצרים, אלא הסתפק בהסכם למכירת הקלטות תוך כדי השתתפות בהכנסות, האם כעת לאחר שהקלטת כבר בשלבי הפצה, יש יסוד לתביעה לקבל זכויות יוצרים.

נראה שאין מקום לתביעה, ומהטעם דלהלן - בדרך כלל מקובל בטרם הפקה מסוג זה, נערך הסכם מפורט שבו מוסכם שזכויות היוצרים תהיה של המפיק ובתמורה לזיתור על זכויות היוצרים מצד הגורמים המופיעים בקלטת, הללו מסתלקים מראש מכל זכות, או שמשולם למשתתפים בהפקת הסרט סכום כסף שהוסכם עליו.

במקרה שבפנינו לא נערך הסכם והכל נעשה בסתמא. בנסיבות אלו עלינו לאמוד את דעת הצדדים באותה עת שהפיקו את הקלטת, האם בסתמא באותה עת, כוונת התובע היתה למחול על כל זכויות יוצרים שלכאורה עומדת לזכותו, או שלא היתה כוונתו למחול.

במקרה הנוכחי, בזמנו התובע עבר אירוע רפואי והגיע עד למוות קליני, והוא סיפר על האירוע בהרצאה שהוקלטה. כוונת התובע היתה להעביר מסר מסויים לציבור השומעים ולחזקם באמונה בהישארות הנפש ושכר ועונש וכיו"ב, הרצאה זו היא עיקרה של הקלטת.

נראה שנידון זה דומה לרב המעביר שיעור הכולל מסרים חינוכיים וכיוצ"ב והשיעור הוקלט והופץ במאות ואלפי עותקים. במקרה כזה, אמנם מלכתחילה הרב רשאי להודיע

סימן נו

דין תורה בשאלת בעלות על בית הכנסת

חדש אב תשנ"ה

שיבוא ויתפלל בו כל הבא אל המדינה נעשה של כל ישראל, ואין מוכרין אותו לעולם, משא"כ בית הכנסת דכפרים "שלא עשו אותו אלא על דעת בני הכפר לבדם שיהיה להם להתפלל בו, שאם רצו כולם למכרו מותרין".

וכן כתב בפ"י רבינו אברהם מן ההר עמ"ס מגילה (שם) כלשון הרמב"ם, שביהכ"נ דכרכים "הרי הוא של כל ישראל".

וכן כתב המאירי עמ"ס מגילה (שם), וז"ל - "בית הכנסת שאמרו שאפשר למכרה, דוקא בית הכנסת של כפרים שהיא נידונת כשל יחידים, אבל של כרכים שכל העולם חוזרין ובאין לשם והיא מוקדשת על דעת כולם, אי אפשר למכרה בשום פנים, ר"ל אפילו על דעת עילוי ואפילו על ידי שבעה טובי העיר ובמעמד אנשי העיר, ואע"פ שלא נעשית אלא מדמי אותו הכרך. שמאחר שהוקדשה זכו בה כולם, ואין מעמד אנשי העיר וטובי העיר מועיל בביטול זכות בני העולם".

וכן כתב רבינו יהונתן מלוניל עמ"ס מגילה (שם) - "לא שנו חכמים מכירת בית הכנסת אלא בשל כפרים, שאינן רגילין בני העולם לבא להתפלל בתוכה אלא בני הכפר לבדו והם לבד הם הבעלים, משום הכי יכולים להמלך למכרו אם יעלו הדמים. אבל בשל כרכים הוו להו בתי כנסיות דרבים שהרי מארבע רוחות העולם באין שם לסחורה ונכנסין להתפלל שם וכולם הם בעלי בית הכנסת שעל מנת כן נבנה בית הכנסת זה, שאינו שלהם לבדם, שיהיו הסוחרים והבאים לדון יהיה להם חלק בבית הכנסת על כן אין כח בבני הכרך למכור דבר שאינו שלהם".

בספר נימוקי יוסף כתב כלשונו של רבינו יהונתן, וכן דעת הרא"ש (מגילה פ"ד ס"א) הטור או"ח סי' קנ"ג ועוד ראשונים. וכתב המג"א סי' קנ"ג ס"ק יז, שלשיטתם אף אם בשעת בניית בית הכנסת לא אמרו בפירוש שהם מקדישים אותו לכו"ע, אלא בנו בסתמא, עכ"פ מסתמא אדעתא דכו"ע בנו את ביהכ"נ.

ב. טעם שני כתבו כמה ראשונים והובא בתוס', ברשב"א ובר"ן, דמכיון שרבים מבני העולם מגיעים לכרך, מסתמא גם הם נתנו כסף לבניית בית הכנסת, וחיישינן שמא יש אחד בסוף העולם שהוציא בה וחלקו מעכב. וכ"כ האור זרוע ח"ב סי' שפה - "אבל של כרכין ... כיון דמעלמא אתו הני זווי שבנו בהם בית הכנסת שכן המנהג כשבונים בית הכנסת בכרך גדול מתנדבים משאר מקומות ונותנים לצורך בית הכנסת הילכך כולו בעלים ניהו ואין בני העיר לבדם בעליהם, הילכך אינם יכולים למכור דשמא יש אחד בסוף

להלן נימוקים שנכתבו בדין תורה שהתקיים בבית הדין בשאלת בעלות על אחד מבתי הכנסת בצפת.

התנהל דין תורה בין אדמו"ר המתגורר בעיר אחרת ובין רב המנהיג קהילת חסידים בצפת. אותו רב שיפץ את בית הכנסת שיפוץ יסודי בסיוע מוסדות החסידות, וגם כעת הרב עם אנשיו מפעילים ומנהלים את בית הכנסת.

האדמו"ר טען לבעלות על בית הכנסת ובקש לקבל את ניהול סדרי בית הכנסת. התובע ביסס תביעה זו בטענה שבית הכנסת נבנה לפני כמאה שנה על ידי אחד ממייסדי השושלת של החסידות שכעת התובע עומד בראשה, ובנוסף ביסס תביעתו על כך שבית הכנסת נקרא על שם חסידות זו.

מאידך, הנתבעים טענו שנכנסו לבית הכנסת כדין, ובהתאם להסכם עם הגבאי שהיה קודם לכן. הם נכנסו לבית הכנסת לאחר שחדל מלפעול, ולאחר שבית הכנסת היה במצב ירוד. הם שיפצוהו שיפוץ יסודי ואף הוסיפו לו קומה נוספת וחלקת קרקע סמוכה. הנתבעים בקשו לדחות את התביעה.

בדברינו להלן לא הובאו כל פרטי טענות הצדדים והתייחסות ביה"ד לאותן טענות, אלא רק את המו"מ בשאלות ההלכתיות העקרוניות.

בתחילה נכנסנו לבירור בשאלת הבעלות על בית הכנסת, ובהתייחס לחילוק בין בית הכנסת דכרכים לבית הכנסת דכפרים.

הסוגיא במסכת מגילה

הסוגיא העיקרית לבירור שאלת הבעלות על בית הכנסת נמצאת במסכת מגילה ריש פרק בני העיר (דף כו.). בגמרא נידונה השאלה האם אפשר למכור בית כנסת, ומתוך הסוגיא התבארו כמה יסודות בשאלת הבעלות על בית הכנסת.

בסוגיא זו חילקו בין בית הכנסת של כפרים לבית הכנסת של כרכים. את בית הכנסת דכרכים אי אפשר למכור "כיון דמעלמא אתו ליה לא מצו מזבני ליה דהוה ליה דרבים". אבל בית הכנסת דכפרים ניתן למכור (במגבלות מסויימות). וגם בכרכים אם יש בית הכנסת המיועד לציבור מצומצם ניתן למכרו, כגון ביהכ"נ דטורסיים.

ביאור החילוק בין בית הכנסת דכרכים לבית הכנסת דכפרים -

נאמרו בראשונים כמה טעמים מדוע לא ניתן למכור ביהכ"נ דכרכים.

א. הרמב"ם (בפ"א מהלכות תפילה ה"ט"ו) כתב - "בית הכנסת של כרכין, הואיל ועל דעת כל אנשי העולם נעשה,

ציבור צריכים להיות משל ציבור דוקא, שזהו ענין הקדושה של הכלל כולו".

יש לציין שלפי שיטת הגר"א או"ח סי' קנג ס"ז, שיטת התוספות היא כשיטת הרשב"א. ולפי זה גם בסוגיא דידן, מהאי טעמא כתבו התוספות שקדושתו של בית הכנסת דכרכים חמורה, מפני שהוא בבעלות כלל ישראל, ואינו ממון של יחידים.

הרשב"א והגר"א השוו את הבעלות על בית הכנסת דכרכים לבעלות של כלל ישראל במקדש, וכידוע מקום המקדש לא התחלק לשבטים. וע"ע במסכת ביצה דף לט: ברש"י ד"ה ומותרין, וכן מורה פשוט הסוגיא שם לחלק בין שותפות גמורה לשייכות של הכלל שאינה במעמד של שותפות. (ובעיקר החילוק בין שותפין לציבור ע"ע בשו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' א' ובפד"ר כרך י' עמ' 285 והלאה, אכמ"ל בזה).

ולפי זה ניתן לבאר שזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ "בית הכנסת של כרכין הואיל ועל דעת כל אנשי העולם נעשה, שיבוא ויתפלל בו כל הבא אל המדינה נעשה של כל ישראל", שאין כוונתו לומר שבית הכנסת הוא ממון השותפין, אלא הוא בגדר ממון הציבור בכללותו. וע"ע בשו"ת משיב דבר (להנצי"ב מוולאז'ין) ח"א סי' מה שנראה שכיון לכך והשוה דעת הרמב"ם והרשב"א, וכמ"ש הרשב"א בעצמו שזו דעת הרמב"ם.

ועיין בשו"ת הר צבי או"ח סי' יז שבאר כך סברת הרשב"א, דבית הכנסת דכרכים הוא של כלל הציבור ואינו גדר של ממון השותפין ומה"ט אינו נמכר, וכתב שזוהי כוונת רש"י במסכת יומא דף יב. שבאר מדוע בית הכנסת דכרכים פטור ממזוזה, וכתב רש"י - "דכרכים שהוא מקום שווקים ומתקבצים שם ממקומות הרבה, והיא עשויה לכלל הבא להתפלל, ואין לה בעלים מיוחדים", דכוונת רש"י שאינו בגדר חצר השותפין, אלא רכוש הציבור בכללותו ואינו נחשב שיש לו בעלים מיוחדים. משא"כ חצר השותפין הנחשבת שיש לה בעלים מיוחדים, אך עיי"ש בהר צבי שכתב שהרי"ף והרמב"ם אינם סוברים כן ולכן כתבו טעם אחר לפטור ממזוזה, (אך צ"ע בזה, מאחר שהרשב"א כתב שהרמב"ם כתב כדבריו).

העולה מדברינו -

בית הכנסת של כפרים שייך לבני הכפר והוא בבעלותם המשותפת. וביחס לביהכ"ס של כרכים מצינו שלש דעות. י"א שהוא ממון השותפין ושייך לכלל ישראל, והם כשותפים גמורים בבעלות על גופו של בית הכנסת, כמבואר בלשון הראשונים, עיין רש"י במגילה כו. ד"ה, אבל שכתב "אבל של כרכין הווי להו בתי כנסיות דרבים והכל בעליהן ואין בני העיר לבדן בעלים להם", וע"ע בלשון רבינו יהונתן ועוד ראשונים שהובאו לעיל, וכ"כ בשו"ת דברי חיים ח"ב או"ח סי' טז - "בהדיא משמע בראשונים דזכו בהו ממש והוי שלהם, מ"מ כמו שותפים".

העולם שיש לו חלק בה, והכי איתא בירושלמי ... הדא דאת אמרת בית הכנסת של יחיד אבל בית הכנסת של רבים אסור, אומר אני שמא אחד בסוף העולם קנוי בה, היינו משמע שיש לו חלק קנוי בה שנתן בה מעותיו".

מבואר מדבריו דבבית הכנסת דכפרים רק בני הכפר שבנו את בית הכנסת שותפים בבית הכנסת, משא"כ בבית הכנסת דכרכים, בנוסף לבני המקום, יש חלק בבית הכנסת גם למי שהוא מחוץ לכרך ונתן מעות לבניין בית הכנסת. לדעה זו, אם ברור שרק בני הכרך נתנו לבניין בית הכנסת, דינו כבית הכנסת דכפרים, ודלא כדעת הראשונים הסוברים כטעם הראשון.

ג. טעם שלישי בדין איסור מכירת בית הכנסת דכרכים כתבו התוס' (מגילה כו. ד"ה כיון) בפירושה הראשון - "כיון שרוב בני אדם רגילים ללכת שם להתפלל, אף על פי שאין נותנים כלום בבנינו, מכל מקום כיון דלדעת אותן רבים נעשה, חמורה קדושתו ואינו יכולין למוכרו".

מבואר שהעיקוב למכירתו אינו קניין הרבים, אלא קדושתו החמורה.

אמנם בתשובת חת"ס חחו"מ סי' קנג, באר דעת התוספות בהתאם לשיטת הרמב"ם והרא"ש שכולם שותפין בבית הכנסת. אך לכאורה פשוט דברי התוספות אינם מורים כן, דבפירושה הראשון נראה דלא נקטו כסברא שכתבו בפירוש השני שקנין הרבים מעכב, אלא תלו הענין בקדושתו החמורה. וכן דעת הפמ"ג או"ח סי' קנג מש"ז סק"ו שהתוספות כתבו טעם שלישי.

הרשב"א (בסוגיא במגילה) כתב, וז"ל - "ואפשר היה לפרש, אבל של כרכים, כיון דמעלמא אתו לה הוה ליה דרבים, כלומר שבני עיר זו כשהן בונים אותה על דעת כל הבאים כאן עשאוה, וכאילו הקדישוה לכל ואין לה בעלים, וכענין מקדש, וכן פי' הר"ם במז"ל".

ונראה לפרש, שאין כוונת הרשב"א לומר שבית הכנסת של כרכים אינו בבעלות כלשהיא, אלא הביאור בשיטה זו הוא שלעומת בית הכנסת דכפרים שהוא בשותפות אנשי העיר, ולכן תועיל דעת אנשי העיר למכרו, בית הכנסת דכרכים אינה בשותפות כל שהיא, אלא הוא של כלל ישראל כמו המקדש.

והביאור בזה הוא - קיים חילוק יסודי בין ממון שותפים ל,ממון הציבור', ב,ממון הציבור' אין אנו אומרים שכל ישראל שותפים בו וכממון השותפין, אלא זהו גדר בפני עצמו - ממון הציבור, והזכויות שיש לכל אחד מישראל בו, הינן פחותות מזכויות של שותף בממון השותפות. וכפי שהתבאר עיקרי הדברים בשו"ת משפט כהן סי' קכד, שכתב וז"ל, - "לגבי ישראל, ציבור ושותפין הם שני מושגים, כדמשמע מסוגיא וממשנה דתמורה יג. אין הציבור והשותפין עושין תמורה, מפני שיש בציבור של ישראל קדושה ומציאות כללית שאינה נערכת כלפי החלק של כל פרט, והיא עומדת למעלה מגדרי חלוקה, ובשביל כך קרבנות

לכל העולם, אי אפשר לזכות אלא לנולדים, אבל לא למי שלא היה בעולם אלא שהבן זוכה בה מכח ירושת אביו, ונמצא שמי שיש לו אב אין לו זכות בבית הכנסת". עכ"פ מבואר שזיכו את הבעלות על בית הכנסת לכל הנולדים, אף שלא תרמו דבר לבניינו.

וכן נראה מדברי כמה פוסקים שנביא להלן דכתבו בסתמא דבית הכנסת הוא בשותפות של כלל אנשי העיר (בית הכנסת דכפרים), ומדלא חילקו לומר דבריהם דוקא במי שתרו לבניינו של ביהכ"נ, מבואר מדבריהם שאין יתרון למי שנתן כסף לבניינו של בית הכנסת.

עיי' בב"ש סי' ל' סק"ט שכתב במי שזרק לאשה כסף קידושין בתוך ד' אמות שלה בבית הכנסת - "וכתב בתשובת ריב"ש, בית הכנסת הוי כסמטא לענין ד' אמות, ובספר בית הלל מביא ראייה דהוי כחצר שותפים, כמ"ש בש"ס נדרים וביו"ד סי' רכד המודר הנאה דין בית הכנסת כשותפות של אותה העיר, וכ"כ מהרי"ל בהלכות עירובי חצרות", ועיי"ש בב"ש מש"כ לישב דברי הריב"ש. והנה ממה שכתב הב"ש "בית הכנסת כשותפות של אותה העיר", מבואר דאיירי בבית הכנסת דכפרים. ומבואר בב"ש דביהכ"נ הוא בבעלות משותפת של כלל אנשי העיר ויש לכל אחד מהשותפים רשות להשתמש בו בדברים הרגילים להעשות בביהכ"נ.

אמנם בספר יד שאל על יו"ד סי' רכד סק"ג כתב לישב סברת הריב"ש (שהביא הב"ש) וכתב דהריב"ש איירי בבית הכנסת דכרכים, ומה"ט לא דנו כחצר השותפים, ואין להקשות עליו מהסוגיא בנדרים דאיירי בבית הכנסת דכפרין. אך כפי הנראה הב"ש לא נחית לחלק בזה. (עכ"פ מבואר בב"ש דלדעתו בית הכנסת שייך לכלם ולא דוקא למי שתרם בבניינו).

ובספר קצות החושן סי' ר' סק"א כתב בשם ספר האגודה שהמוצא מציאה בבית הכנסת זכה בה, ולא זכה בה ההקדש דבית הכנסת, מפני שאין יד להקדש. וכתב על זה בקצות החושן - "תמיהא לי ... דהא בית הכנסת אין לו דין הקדש, אלא הרי הוא כמו חצר השותפין, ומה"ט כתב הריב"ש דארבע אמות זוכה לכל אדם בבית הכנסת דהו"ל חצר השותפין וכדאיתא בנדרים ריש פרק השותפין והובא בב"ש באה"ע סי' ל' סק"ט עיי"ש, וא"כ הו"ל חצר השותפין שמבואר בשו"ע סי' רס סעיף ד' שזוכין השותפין, ובהדיא תניא ר"פ אלו מציאות המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו". ועיי"ש שבאר דהשותפין אינן זוכין במציאה בקנין חצר או מפני שבאיסורא אתא לידיה או מכיון דהוי דבר שאינו מצוי אין דעתם של השותפין לזכות בקנין חצר, ולכן זוכה המוצא בלבד. עכ"פ עולה מדברי קצות החושן דבית הכנסת שייך לכל אנשי העיר בשותפות ואינו נידון כנמצא בבעלות הקדש, ודלא כדעת האגודה.

ועיי' בנתיבות המשפט בפתחה לסי' ר' (ד"ה ומה) שחלק על הקצות ובאר את דינו של ספר האגודה, וז"ל - "הוצרך האגודה לטעם אין יד להקדש, דכיון ששיעבדו הקהל הבית

וי"א שבית הכנסת דכרכין שייך לאנשי הכרך בצירוף כל אדם מישראל שהוציא לבניינו. וי"א שהוא אינו ממון השותפין, אלא שייך לכלל הציבור והוא גדר שונה מממון השותפין בעלמא, ומהאי טעמא קדושתו חמורה ולכן אינו נמכר.

מקורות נוספים לביורור שאלת הבעלות על בית הכנסת

בשיטה מקובצת עמ"ס נדרים דף מח. כתב - "בית הכנסת, אעפ"י שייחודהו לתפילה, לא פקע רשותו ממנו, וכגון שהמודרים או אבותיהם מורישיהם נתנו חלקם בהם. אבל איניש מעלמא שלא היה לו ולא למורישיו חלק, אינם יכולים לאוסרו", עכ"ל. משמע שדעת השטמ"ק לדון שבית הכנסת הוא בשותפות של התורמים את הכסף לבניית בית הכנסת בלבד, ואין לשאר בני העיר חלק בו.

אך דבריו צ"ע. שנינו במסכת נדרים דף מז: (בסוגיא בה איירי השטמ"ק) "הריני עליך חרם המודר אסור ... הריני עליך ואת עלי שניהם אסורים, ושניהם מותרין בדבר של עולי בבל ואסורין בדבר של אותה העיר, ואיזהו דבר של עולי בבל כגון הר הבית והעזרות והבור שבאמצע הדרך, ואיזהו דבר של אותה העיר כגון הרחבה והמרחץ ובית הכנסת והתיבה והספרים".

מבואר שבית הכנסת נידון כחצר השותפים שכל בני העיר שותפים בו. ועיי"ש בתוספות שבארו החילוק בין הרישא במשנה לסיפא. בדבר של עולי בבל הפקירוהו לכל ישראל אך לא נעשו כל ישראל שותפין בדברים אלו, ולכן אינן יכולין לאסור זה על זה. אבל בדברים של אותה העיר כל אנשי העיר הם שותפים, וכל אחד יכול לאסור חלקו על חבירו. ובפירוש המשניות לרמב"ם כתב שגם בדבר של עולי בבל יש בו שותפות לכל ישראל, אך מאחר שזו זכות מועטה אין לאחד מהם שום רשות, לעומת דבר של אותה העיר שכל בני העיר שותפין בו. ופסק הרמב"ם בפ"ז מהלכות נדרים ה"ב, וז"ל - "ומותרין בדברים שהן בשותפות כל ישראל, כגון הר הבית והלשכות והעזרות והבאר שבאמצע הדרך. ואסורין בדברים שהן בשותפות כל אנשי העיר, כגון הרחבה שבעיר והמרחץ ובית הכנסת".

מסתימת הדברים שכתב שכל בני העיר שותפים בבית הכנסת מבואר דבכל גווני איירי, אף במקום שלא כל אנשי העיר נתנו חלק בבנין בית הכנסת. וכן עולה מפשטות הסוגיא במגילה הנזכרת לעיל.

וכן משמע מדברי הר"ן. הר"ן עמ"ס קידושין דף כז. (ד"ה מנא). כתב דמוכח שם בסוגיא דלא כדעת הגאונים הסוברים שגם מי שאין לו קרקע יכול להקנות אגב קרקע של חלק שיש לכל אחד בארץ ישראל ולערוך הרשאה באופן זה. ולדעתו אין לסמוך בקנין אגב על חלקו בקרקע שיש לכל אדם בארץ ישראל או על קרקע של קבורה. והוסיף הר"ן - "עוד כתב הרא"ה דמי שיש לו אב אינו יכול לזכות אגב בית הכנסת לפי שאין לו זכות בה, שאע"פ שמתחילה זכו אותה

אתו לה מעלמא כגון דאיכא ראשי ישיבות ובאים ללמד עמהם תורה ולדון בפניהם.

ועיין בספר מגן גבורים בסי' קנ"ג ס"ז שהסכים להלכה עם מהר"י בי רב שהעיקר תלוי אי אתו מעלמא בתדירות. וכן בפמ"ג א"א סי' קנג כתב - "והוי יודע שמ"ש כפרים וכרכים הוא לאו דוקא, דעיירות גדולות שיש בהם עשרה בטלנים כל דלא אתו מעלמא ככפרים דמיא, וכרך אע"פ שאין מוקף חומה כלל, דבמעלמא אתי תליא מילתא והוא פשוט".

וכן במשנה ברורה סי' קנג ס"ק כה שכתב דאם רק עוברים שם דרך ארעי לא מקרי כרך, "אמנם כל מקום דשכיחי רבים מעלמא שבאין להתפלל שם כגון מקום שהסוחרים מתקבצין שם תדיר לסחורה אפילו אם העיר קטנה, או מקום שיש שם חכם גדול שמתקבצים שם רבים הצריכים לו ולתורתו, הוי כדרך דמסתמא אדעתא דכל העולם בנאוהו".

ומה"ט נראה שהעיר צפת נחשבה כדרך גם בשנים עברו, תמיד היתה עיר מרכזית בגדולי התורה שבה ובמסחר שהתרכז בה ובסביבותיה, וכן רבים אתו מעלמא לצפת מפאת מעלתה וגדולי עולם שנטמנו בה ובקרבתה (כגון קבר הרשב"י הסמוך).

ומצאתי תשובה שנכתבה לפני כמאה שנה על ידי רב העיר צפת ואב"ד, הג"ר אברהם חי שאקי ז"ל, שהתפרסמה בספרו שו"ת שער הקדים שי"ל לאחרונה, ושם בסי' ב' ובסי' ד' קובע שיעיה"ק צפת, בזמנו, נידונה כדרך, והביא שכן פסק בספר חקרי לב מהדורה בתרא חו"מ סי' יד, ביחס לעיה"ק צפת. וז"ל תשובת שער הקדים (סי' ב' עמ' כא) - "עיר קדשנו צפת ת"ו דאתו לה מעלמא, שרבים באים בקבע לדור בה שהכל מעלין לא". ועוד כי רבים עוברים ושבים ובאים כל השנה, זה נכנס וזה יוצא להשתטח על ציון גדול אדונינו הרשב"י זיע"א, ובפרט בימי ההילולה אשר באים רבים בבת אחת אין קץ כידוע, הא ודאי אליבא דכו"ע דבתי כנסיות ובתי מדרשות שלה דינם כשל כרכים, דמסתמא אדעתא דכל העולם עשאוּם ואין להם מכר אפילו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר".

אמנם בסי' ג' (שם) הובאה תשובת הפני יצחק (לג"ר יצחק אבולעפיא ז"ל) שסבר לדון את צפת ככפר ולא כדרך מאחר שאינה עיר מרובה בשווקים וסוחרים כאחת הערים הגדולות, ולא די לעשותה כדרך מפני העוברים בדרך למירון ולנים בה. וטען שכפי הנראה בעל חקרי לב לא עבר בצפת ולא ידע את טיבה. אך הג"ר אברהם חי שאקי ז"ל בתשובתו (שם) סי' ד' דוחה דבריו, ועמד על דעתו לדון את העיר צפת כדרך. ועיי"ש שדחה הטענה שבעל חקרי לב לא ידע את טיבה של העיר, שהרי בסוף ימיו גר בא"י, ובודאי העוברים ושבים ספרו לו על טיבה של העיר.

אמנם יצויין שיתכן שלא תהיה נ"מ לדינא בשאלה העומדת לפנינו, אם העיר צפת היא כדרך או ככפר, ואף אם

לצורך הקדש של בית הכנסת, לא גרע מחצר המושכר להקדש. דהא חצר המושכר קונה לשוכר והגובר יד הקדש הוא ורוצה לזכות לצורך הקדש וגם דעת שכינה איכא, לכך הוצרך האגודה ליתן טעם להא דהמוצא מציאה בבית הכנסת ובבית המדרש דהרי אלו שלו דאין ההקדש זוכה בו מטעם דאין יד להקדש".

מבואר מדברי הנתיבות שגם לדעת האגודה בית הכנסת שייך לקהל אלא רק נידון כמושכר להקדש.

ובנתיבות המשפט בסי' קצב סק"ו כתב - "וכן בישיבת מקום בית הכנסת שגוף הקרקע ובית הכנסת הוא של הציבור ואין לכל אחד רק שיעבוד ישיבה על המקום לכך נקנה בישיבה, משא"כ בצחיח סלע שקונה גם הגוף לכך בעיני קנין גמור לדעת הראב"ד".

מבואר מדבריו דבעיקרו של דבר בית הכנסת נמצא בבעלות גמורה של הציבור, וגם במקום שמכרו את המקומות בבית הכנסת למתפללי בית הכנסת, עכ"פ לא נמכר להם גוף המקום אלא רק שיעבוד ישיבה, ודלא כחתם סופר בתשובה או"ח סי' כט, ועיין בשו"ת זקן אהרן ח"א סי' ה' שהוכיח כדעת הנתיבות והעלה דאף במקום שמכרו מקומות בבית הכנסת, עכ"פ הקרקע והבניין עצמו ודאי נשארו שייכים לציבור.

ועיין בפד"ר כרך ז' עמ' 209 שבאר דהשטמ"ק סובר דבית הכנסת ודאי שייך לכל אנשי העיר וכמבואר בדבריו לפני כן שכתב "בית הכנסת ... אין גופן קנוי אלא לישראל של אותה העיר". ואיירי בבית הכנסת דכפרים שהרי כתב שנמכר על ידי ז' טובי העיר, אלא דאע"פ כן כתב דאנשים מחוץ לעיר שנתנו כסף לבניין בית הכנסת גם הם שותפים בבית הכנסת, ויכולים לאסור חלקם על אחרים. ועיי"ש בפד"ר שהעלו ביחס לבית הכנסת "שטיבל" חסידי בעיר בת ים שנבנה לצורך אוכלוסיה מסויימת, שהוא שייך לכלל ציבור המתפללים, ואין חילוק בין מי שנתן כסף לבניינו ומי שלא תרם.

מסקנת הדברים - בית הכנסת של כפרים שייך בשותפות לכל אנשי המקום. ואילו בשאלת הבעלות על בית הכנסת של כרכים הבאנו שלש דעות. עכ"פ בית הכנסת של כפרים או של כרכים אינו בבעלות של מי שתרם כסף לבנייתו, ולא מצינו מי שיכתוב שיש לתורם כסף לבניית בית הכנסת זכות לבעלות על בית הכנסת, או עכ"פ זכות עדיפה על שאר הציבור, (דברי השטמ"ק מתפרשים בהתאם לכך בביהכ"נ דכפרים, ולדעת התורם כשאנו מאנשי העיר נחשב כחלק מהשותפים בבית הכנסת).

מעמדה של העיר צפת כדרך או ככפר

נראה שהעיר צפת במשך כל השנים היתה בגדר כרך. בשו"ת מהר"י בי רב סי' ה כתב - "י"ל שאין הדבר תלוי אלא אי דאתו לה מעלמא או לא. ומן הסתם לא אתו לה מעלמא אלא בכרכים הגדולים, אבל לפעמים בעיירות ג"כ

שאינן סברא שאנשים מעלמא יתרמו לבניינו של ביהכ"נ זה, שהרי הם אינן נכנסים להתפלל בו.

עכ"פ בדרך זו של הרשב"א, הרשב"א נקט שהכל תלוי במי שנתן לבניינו של בית הכנסת. ויש לציין שזוהי שיטת האור זרוע (שהבאנו לעיל) שכתב "ולאו דוקא משום דבית הכנסת זוטא הוה, אלא אפילו בית הכנסת רבתי ודכרך גדול, אם ידוע שבני העיר בלבד עשו אותה ולא אתו זוזי מעלמא יש לה מכירה".

אלא שהרשב"א דחה את עיקר הביאור הנ"ל בגדר ביהכ"נ דכרכים, מכח קושיא מהמשך הסוגיא, עיי"ש בדבריו, ובאר דבית הכנסת דכרכים דינו כמי שאין לו בעלים, וכדין המקדש, ולעיל הארכנו בביאור שיטת הרשב"א בזה שהוא כמקדש הנמצא בבעלות כלל ישראל, ועדיפא מממון השותפין.

ובהתאם לשיטתו זו כתב הרשב"א - "ובי כנישתא זוטא דקאמר, ה"ק בי כנישתא זוטא הוה ולא עיילי בה רבים דאתו מעלמא אלא לשאר' הוא דעיילי, והילכך טרסיים דעבדוה לאו אדעתא דרבים עבדוה אלא לגופייהו הוא דעבדוה, כנ"ל".

לפי פירוש זה של הרשב"א, ונראה שזו מסקנת הרשב"א, הדין אינו תלוי כלל מי תרם לבניינו, אלא תלוי עבור מי נבנה בית הכנסת. אם בית הכנסת נבנה עבור כלל הציבור, דינו כבית הכנסת של כרכים (אם הוא בכרך, או של כפרים אם הוא בכפר). ואם נבנה רק עבור קבוצה מסויימת ומוגדרת דומיא דטרסיים, אפשר למכרו.

ולפי דרך זו נקט הרשב"א דתרתני בעינן כפשטות הסוגיא, דהיינו בבית הכנסת קטן עסקינן שאין נכנסים בו אלא הטרסיים. ומשום הכי אין להניח שבית הכנסת גם נבנה עבור אנשים נוספים, וכן בעינן "אינהו עבדוה", היינו נעשה עבור הטרסיים בלבד.

(ועיין בחי' הריטב"א שהביא את שני הפירושים המוזכרים ברשב"א. פי' א' דהכל תלוי במה שרק אינהו עבדוה, ואפילו אינו ביהכ"נ זוטא, ופי' ב' שהכל תלוי אם נבנה אדעתא דכו"ע או רק אדעתא דידיהו").

וכמסקנת הרשב"א מבואר בשו"ת יכין ובוועז (לנכדו של התשב"ץ) ח"א סי' קלב.

היכין ובוועז כתב תשובה על בית הכנסת בתוניס שהיה מיוחד לבעלי אומנות מסויימת (בעלי הכפורס) שאינו נידון כבית הכנסת של טרסיים. ובתוך דבריו באר בהרחבה דין זה.

וז"ל היכין ובוועז - "ולא דמי נמי לבית הכנסת של טרסיים ... דהתם הטרסיים שהם צורפי נחושת עשו בית הכנסת להתפלל בו הם עצמם ולא שיתפלל שום אדם אחר זולתם ... כיון שנעשה מתחילה בית קטן לבית אומנות ידועה, שהם אנשים ידועים, ולא נתן שום אדם בבניינו זולתם כי אם הם לבדם, וגם הם לא הקדישוהו לאחרים שיתפללו בו מהבאים אל המדינה ולא אתו ליה מעלמא ... לא הותר לימכר אלא

נידונת ככפר, הרי בסתמא כל בית כנסת שנבנה מלכתחילה לכלל הציבור שייך לכלל תושבי המקום. והדברים נכתבו רק לצורך הגדרת הדברים כפי שהם.

העולה מדברינו, שגם לפני מאה שנה ניתן פס"ד על ידי רב עידה"ק צפת לדונה ככרך, וממילא בתקופה שבה נבנה בית הכנסת נשוא הדיון הנוכחי, היה מקובל לדון את העיר ככרך ובית הכנסת שנבנה בה נידון כבית הכנסת של כרכין. וזאת מפני מעמדה המיוחד של צפת שבה שהו אנשים ממקומות שונים שעלו לפקוד קברי צדיקים.

בית הכנסת דטרסיים

עלתה טענה שיש לדון את בית הכנסת דנן כבית הכנסת של טרסיים, ובעו"ה נבאר הלכה זו.

איתא בסוגיא במסכת מגילה כו. - "א"ר יהודה מעשה בבית הכנסת של טרסיים שהיה בירושלים שמכרוהו לרבי אליעזר ועשה בה כל צרכיו, והא התם דכרכים הוה. ההיא בי כנישתא זוטי הוה ואינהו עבדוה".

יש לברר מהי המציאות המעשית של בית כנסת זה, וכן מה הטעם שיכולים למכרו אף שהוא נמצא בכרך, דומיא דביהכ"נ המוזכר בגמרא שהיה בירושלים.

הרא"ש (שם) כתב - "ההיא בית הכנסת של טרסיים, הכי פירושו בי כנישתא זוטא הואי ולא היו נכנסים בה אלא אותן בעלי אומניות".

והנה בגמרא נאמר ביחס לבית הכנסת של טרסיים "ההיא בי כנישתא זוטי הוה ואינהו עבדוה". דהיינו הוזכרו כאן שתי נקודות, שביהכ"נ קטן, וכן שנבנה על ידי הטרסיים. ויש לדון האם תרתי בעינן.

שיטת הרשב"א

מחי' הרשב"א מתבאר עניין זה האם תרתי בעינן, זוטא, ואינהו עבדוה. דברי הרשב"א מחולקים לשנים, בתחילה הרשב"א באר את הסוגיא אליבא דשיטת הסוברים דבית הכנסת דכרכים נמצא גם בשותפות של אנשים מחוץ לכרך, וחלקו של מי שהוציא לבניינו מעכב, ואליבא דשיטה זו כתב הרשב"א שתי דרכים -

א. "האי זוטא לאו דוקא, אלא אינהו עבדוה דוקא".

ב. "אי נמי זוטא דוקא כלומר דקטנותה במקום שיש גדולות מוכיח עליה דלא דרבים דעלמא ניהי, דרבים דאתו לכרכין, לבי כנישתא רבה דכולהו עיילי בה בההוא יהבי".

דהיינו לפי פי' א' מאחר והכל תלוי בדעת מי שתרום לבנין בית הכנסת, בבית הכנסת של טרסיים, מאחר שידוע שאף אחד לא תרום לבניינו, אלא "אינהו עבדוה", אין אחר מחוץ להטרסיים יכול לעכב, אף שהוא ביהכ"נ גדול.

ולפי פי' ב', אף שאין לנו מידע מי בנאה, עכ"פ קיימת אומדנא דמוכח שרק הטרסיים בנו את ביהכ"נ, מכיון שקטנותה מוכיחה עליה שרק הם בנו את ביהכ"נ, מאחר

ביהכ"נ גדול, ולא כמ"ש הרשב"א בתחילת דבריו דסגי בכך שזהו בית הכנסת זוטא וקטנותו מוכיחה עליו שאינו דרבים אלא נבנה רק ע"י הטורסיים ובכך די כדי לקבוע שאין דינו כביהכ"נ של כרכים.

העולה מכל הנ"ל דמאחר והתבאר לעיל שקיימים כמה תנאים הכרחיים לדונו כבית הכנסת של טורסיים, הרי שכמעט ובלתי אפשרי כעת להוכיח שלפני קרוב למאה שנה התמלאו כל הדרישות הנחוצות לדונו כביהכ"נ של טורסיים. התובע ציטט מתשובת מהרש"ם ח"א סי' י' שכתב "נראה דהיינו דוקא בית הכנסת ובית המדרש שבעיר, אבל קלויזען שם מעיד עליהם שנבנים רק עבור חבורה מיוחדת המתפללים שם, ודמי להא דבית הכנסת של טורסיים".

אמנם ברור שדברי המהרש"ם יאמרו גם בנידון דידן, אילו יתברר שהעובדות הן אכן כך, שהיתה בצפת הקהילה הנידונת ובית הכנסת נבנה על ידם ועבורם ושימש בפועל כשטיבל של חסידים אלו בלבד, אך יש להעיר בזה שתי הערות -

א. אף בנידון דידיה בענין הקלויז בבראדי, כתב המהרש"ם מיד בהמשך התשובה - "וגם אם באנו לחוש אולי גם הקלויז נבנית משל רבים או אדעתא דרבים, מ"מ הוי ספק רחוק דיש להקל בו, וגם אי נימא דהוי ספק שקול י"ל דהוי ספקא דרבנן ולהקל".

מבואר מדבריו דמכיון שדן בשאלה של איסור והיתר, ונקט דהשאלה היא באיסור דרבנן מאחר וקדושת בית הכנסת דרבנן, יש להקל מדין ספיקא דרבנן לקולא. אך במקום שהנ"מ משאלה זו היא בדיני ממונות, ודאי דנקטינן מחמת הספק המוציא מחבירו עליו הראיה.

ב. כמו כן יש לציין, דהמהרש"ם עסק בקלויז בבראדי שהיה באותו זמן פעיל, ואמרינן כאן נמצא כאן היה, ומסתמא כפי שהוא כעת כך היה תחילתו. משא"כ בנידון דידן שהמצב הנוכחי אינו מעיד מאומה על מצבו בעת בניינו, וחוסר הידיעה מה ארע בעבר מגדיל את הספק.

מכל הנ"ל עולה - מאחר שאין לדונו כבית כנסת של טורסיים, דינו של בית הכנסת זה כדיונו של שאר בתי הכנסת בצפת המיועדים לכלל הציבור ונידונים כביהכ"נ של כרכים, ולשיטה אחת הוא שייך לכלל ישראל, ולשיטה שניה הוא שייך לאנשי העיר בצירוף מי שתרם בבנייתו, וי"א שדינו כהקדש שאין לו בעלים, וכפי שהתבאר לעיל באריכות.

לכן בנד"ד, לשיטה הראשונה והשלישית אין מקום לטענת התובע לבעלות על בית הכנסת. ולהלן יתבאר הדין לשיטת האו"י. ועיין בפד"ר ח"ז (עמ' 208 ואילך) בפס"ד מביה"ד הגדול שכתבו ביחס לשטיבל חסידי "נועם אלימלך" בבת ים - "בית כנסת זה הוקדש לכל באי שעריו להתפלל, ויד כולם שוים בו". (וע"ע שם בפד"ר ח"ז עמ' 116 את פירוט העובדות באותו שטיבל). ובנידון דנן בלא שיוצגו ראיות מספיקות, אין מקום לטענה שבנדון זה, בית הכנסת מלכתחילה הושתת במתכונת אחרת.

מחמת שעשאוהו בני אומנות אלו לעצמן ובנאוה משלהם, שלא נתקדש לאחרים להתפלל בו ... לא נתנו בו באי עולם, וגם לא נתקדש לבאי עולם ... בית הכנסת של טורסיים לא נעשה אלא על דעת שיתפללו הם בעצמם בו ולא נתקדש לאחר זולתם. אבל כל שנעשה על דעת שיתפללו בו הבאים אל המדינה ממקום אחר ... הוי מוקדש להם ונעשה של כל ישראל ולא מצי מזבני ליה".

מבואר מדבריו, דנקט דבעינן את שתי התנאים, על מנת שיחשב כביהכ"נ של טורסיים, א. שרק הם בנו את בית הכנסת, ב. בית הכנסת אינו מיועד אלא עבורם בלבד, וכמסקנת הרשב"א. אבל אם לא הושלמו תנאים אלו כתב "הוי מוקדש להם ונעשה של כל ישראל".

הכרעת השו"ע

בשו"ע מבואר שפסק להלכה כדרך השניה שכתב הרשב"א. שהרי הנ"מ בין שתי הדרכים היא בכה"ג שידוע שרק אנשי העיר בנו את בית הכנסת מכספם, כמו שהתבאר לעיל, ומאחר ובשו"ע או"ח סי' קנג סעיף ז' נפסק שדינו כבית הכנסת של כרכים "אפילו בנו אותו משלהם", מבואר דנקט בדרך השניה ברשב"א, ודלא כשיטת האור זרוע. וכן עולה מביאור הגר"א, עיי"ש.

וכתב בשו"ת משיב דבר ח"א סי' מה - "לא נכון לעשות הוראה נגד השו"ע דבפי' פסק דלא כשיטה זו (של האור זרוע) אלא אפילו בנו משל עצמן אין רשאי למכור ... ובאמת כך ראוי לבר הוראה שלא לזוז מפסקי השו"ע בשום אופן".

(וע"ע בשו"ת עין יצחק ח"א או"ח סי' ג' שהשיב באותו מקרה הנידון במשיב דבר ומחמת הצורך הגדול שהיה הרי שלעניין שאלה של איסור והיתר בדין מכירת בית הכנסת, צרף את דעת הסוברים כדרך הראשונה ברשב"א למרות שנפסק להדיא בשו"ע דלא כוותייהו, אך אם בדיני ממונות עסקינן אין מקום להוציא דבר מחזקתו עפ"י דעה זו).

ובמשנה ברורה סי' קנג ס"ק כה פסק - "כתבו הפוסקים דאפילו בית הכנסת שבכרך אם ידוע שלא עשו אותה אלא למעט עם, כגון הבית הכנסת שעושין אותה בעלי אומנויות, וה"ה כשנתקבצו הבע"ב של איזה רחוב הרחוק מן בית הכנסת שבעיר ועשו בית הכנסת לעצמן, ג"כ דינו כביהכ"נ של כפרים אפילו הוא בכרך, דמסתמא רק על דעת עצמן בנוהו. אם לא שסייעו אנשי העיר ג"כ על הבנין, ואפילו מעט, אז אין להם רשות על המכירה בלא דעתן".

מסקנת הדברים - בית כנסת של טורסיים הינו בית הכנסת המשמש בפועל קבוצת מתפללים מסויימת ומוגדרת, והם בנו את בית הכנסת בעצמם בלבד ועבורם בלבד, וכמסקנת הרשב"א, תשובת יכין ובוועו, והכרעת השו"ע, והוסיקף המ"ב שאם אנשי העיר סייעו, אפילו במעט, לבניינו של בית הכנסת, יש להם חלק בזה.

וממוצא הדברים עולה דלהלכה נקטינן לא כשיטת האור זרוע דסגי אם ידוע שבנוהו בעצמם בלבד אפילו אם הוא

ומשמע שמסקנתו היא שאם אכן ידוע שהכסף ניתן לדברי חיים במתנה גמורה, אה"נ שמעשי הצדקה גופן התייחסו לדברי חיים, משא"כ אם הכסף ניתן לו בסתמא, הרי שהדברי חיים נידון כמעשה על הצדקה ולא כעושה. ונראה מתוך דברי השערי דעה שכיוון לשיטת הרא"ש (הנוכרת) אף שלא הזכירה.

מסקנת הדברים - כל עוד לא הוכח שבית הכנסת היה מעיקרא בית הכנסת של טורסיים, אין נ"מ מי נתן כסף לבנינו. ואפילו לשיטת האור זרוע, נראה שאין נ"מ ביחס למי שאינו נידון כיוורש. ובמידה שהדיון יתקיים עם היורש או עם בא כוחו, אך יתברר שהכסף לא היה של המוריש, אלא המוריש שימש כגבאי צדקה בכסף זה, אין ליורש זכות מכח מורישו.

בית הכנסת שנבנה מלכתחילה במתכונת מסויימת

נשמעה טענה שמעיקרא בית הכנסת נבנה עם זכות שיור, דהיינו זכות שיור למי שיכהן כאדמו"ר לחסידות זו שיוכל לנהל את סדרי התפילות בבית הכנסת וכדומה. יש לומר בזה כדלהלן.

הנה עצם הדין של אפשרות שיור זכויות בבית הכנסת מבואר ברמ"א סי' קנג ס"ז, וז"ל - "יחיד שבנה בית הכנסת ונתנה לקהל דינה כבית הכנסת של קהל. אבל אם שייר לעצמו בה שום כח אין לה מכר כי אם עפ"י הקהל ועל פיו או יורשיו".

ובערוך השלחן סעיף כד כתב הדברים בלשון זו - "יחיד שבנה בית הכנסת ומסרה לציבור, דינה ככל בתי כנסיות שבעיר שאין ליחיד שום דעה במכירתו. אבל אם שייר לעצמו בה שום כח אין לו מכר כי אם על פי שניהם, והיינו על פי דעת הציבור ועל פי דעתו או דעת יורשו כשמת, ואם קודם מיתתו נתן כל כוחו לציבור אין צריך דעת יורשיו".

ויש לציין בזה כמה נקודות, ראשית, הדין המבואר ברמ"א שייך דוקא אם התנו בפירוש בשעת הקדשת בית הכנסת שהבונה את בית הכנסת משייר לעצמו זכות מסויימת אבל אם בית הכנסת נבנה בסתמא, לא יוכל בונה בית הכנסת לומר דאדעתא דהכי בניתי אותו, וכמבואר בשו"ע סי' קנג סעיף יד, וז"ל - "ראובן שאמר קרקע זו אני נותן לבנות עליה בית הכנסת ולא רצו עובדי כוכבים להניח לבנות בית הכנסת והקהל אומרים לבנות עליה בית לת"ת וראובן אומר דאדעתא דהכי לא נדרי, לא מצי ראובן הדר ביה". ומבאר המ"ב "דנעשה נדר מצי אמר קרקע זו לבית הכנסת וכדאמרין בפ"ך זו צדקה ... ואף שהוא עומד וצווח איני חפץ אלא שיהיה לבית הכנסת לא משגחין ביה כיון דמעיקרא סתמא אמר ולא כפליה לתנאיה, דלא אמר אם לא יבנו בית הכנסת יחזירו לי הקרקע, אמרין אדעתא דידהו יבה מעיקרא והשתא הדר ביה".

ולכן ה"ה בנידון דידן אין לקבל את הטענה שהיה ממש תנאי מפורש בענין זה, ללא ראיה.

נוסיף ונציין למש"כ בשו"ת עבודת הגרשוני סי' מט - "נראה שבית הכנסת זה דין בית הכנסת של כרכים יש לה, שבאים לשם ממקומות אחרים, א"כ אין למשפחת הראובנים שום זכות בבית הכנסת כי אם טובת הנאה, ומבואר הוא במהרי"ק שורש קס"א ענף ג' (והובא בהגהת שו"ע ח"מ ס"ס רע"ו) שאין אדם מוריש טובת הנאה לבניו. ועיי"ש שרק לענין שררה יש לדון אם מוריש לבניו, אך אינו ענין לנידון דידן ששררת הגבאות אינה אצל התובע או מורישו.

האם יש נ"מ מי נתן מעות לבנינו של בית הכנסת

הערוך השלחן או"ח סי' קנג סעיף יז כתב - "דע שאין חילוק באיזה מעות נבנה, דבכפרים אפילו נבנה מנדבות של העולם מותרים למכרו דאדעתא דידהו נתנו הנדבות. ובכרכים אפילו בנו משל העיר אין יכולין למכרו דכיון דבכרך נבנה כל בית הכנסת אדעתא שמכל העולם יבואו להתפלל בו, הוה לכל ישראל חלק בזה".

הביאור בדבריו הוא, כל עוד אינו בית כנסת של טורסיים, הרי שהנ"מ בין השיטה השניה, שיטת האור זרוע וסייעתו, לשאר השיטות היא, דלשאר השיטות הכל תלוי אדעתא דמי נבנה בית הכנסת, ואילו לשיטת האור זרוע יש גם נ"מ מי נתן לבנינו, וכפי שהתבאר לעיל. ועל כן מאחר ולהלכה מפורש בשו"ע דלא כאור זרוע, אין נ"מ מי נתן לבנינו של בית הכנסת.

ויש לציין שאף אליבא דהאור זרוע, רק למי שיורש עפ"י דין יש חלק המעכב במכירת בית הכנסת.

וגם ביחס ליורשים של מי שבנה את בית הכנסת, הניחא אם המוריש בנה את בית הכנסת מכספו שלו, אבל במידה שהכספים היו אצלו כנתונים לגבאי צדקה, הרי שמעיקרא לא היתה לו בעלות על כספים אלו, אמנם אין מקום לעורר פקפוק כלשהוא בזכויותיו במעשי הצדקה שנעשו בכסף זה, אך עכ"פ יש לדון דינו רק כמעשה על הצדקה ולא כעושה צדקה. עיין במחנה אפרים הלכות שבועות סי' טז שהביא דעת הרא"ש בנדריים סה: שכל עוד הכסף לא ניתן בפועל ע"י גבאי הצדקה, על פי דין הוא עדיין ברשות הבעלים, ולא פקע כוחם עד שיגיעו ליעדם, ועל כן בניין בית הכנסת מבחינת דין תורה מתייחס לנותני הצדקה, (אליבא דשיטת האור זרוע). ואף לדעת הר"ן בנדריים דס"ל שלאחר שהגיעו ליד הגבאי כבר יצא הכסף מרשות בעלים, מ"מ גם לשיטה זו הכסף אינו של הגבאי גופו, ונראה שהביאור בדעת הר"ן הוא הוא כשיטת החוות דעת סי' קס סק"י ע"ש.

ביחס לטענה שעלתה בדיון, דשאני דינו של אדמו"ר המקבל מעות מהחסידים, שאינו כגבאי צדקה בעלמא, עיין בשו"ת שערי דעה ח"א סי' נו שדן ביחס לכספי צדקה שקבל הגה"צ הדברי חיים זי"ע מחסידיו, האם פעולות הצדקה שנעשו במעות מתייחסות לדברי חיים כעושה צדקה או כמעשה על הצדקה. והשערי דעה שם בתשובה, לא סבר לומר שהדברים פשוטים שהכל ניתן לדברי חיים במתנה,

הנידון לפנינו אכן הוקם מתחילתו כשטיבל חסידי של החסידות הנ"ל והתנהל בהתאם להנהגות וסדרים שנקבעו ע"י החסידים, יש לדון שכל האמור בפסק הדין הנ"ל שריר וקיים גם ביחס לנד"ד, אך כל עוד הדבר אינו ידוע שאכן כך הם פני הדברים, חזרנו לדינא דהממע"ה. וכל מה שנכתב לעיל ביחס לטענה שביהכ"נ מעיקרא נבנה כביהכ"נ של טורסיים, שייך גם כאן.

שנית, לפי מה שכתבנו לעיל, ה"ה ביחס לטענה זו, י"ל דמאחר ובנידון דידן מבנה ביהכ"נ כפי שהוקם אינו בנמצא ופנים חדשות באו לכאן, נראה שאף אם יוכח שסדרי בית הכנסת אכן היו כנ"ל, אין זה מחייב במציאות הנוכחית שלמעשה הוקם מבנה אחר לגמרי (עיי"ש בדברינו).

ועוד נראה, דמש"כ שם בפד"ר ח"ז עמ' 211, היינו דמאחר ונקבע מנהג בבית הכנסת אין אדם רשאי לשנות ממנהג המקום, וכפי שהביאו מהשלטי גבורים, עיי"ש שכתב הלכה בהלכות מנהג המקום שבעיר בה נוהג מנהג מסויים אפילו יחיד מעכב למנוע שינוי המנהג. (אך ודאי לא אתינן מכח כעין תנאי בהקמת העיר, כביכול).

וכיון שכן, בנידון דידן, דאפילו אליבא דטענת התובע מאחר והמנהג הראשון כבר התבטל ואין לו זכר במקום כבר שנים רבות, וכעת קיים מנהג אחר בבית הכנסת, אדרבה הרי דברי הש"ג שהביאו שם בפד"ר, מסייעים לטענת המחזיקים במקום, שלא לשנות מאומה ממנהג המקום הנוכחי, וכדין עיר ישנה שנחרבה ותושביה גלו, והוקמה עיר חדשה ע"י אנשים חדשים, דודאי לאחר שהחלו לנהוג בה מנהג מסויים לא ניתן לחייבם לשנות מנהגם ולנהוג במנהג של העיר בטרם נחרבה. ולפי מה שנבאר להלן המנהג הנוכחי הושתת כדין בעת שביהכ"נ היה שומם, (ולא חלילה בגזילה שלא כדיון).

בין טענות התובע הוזכר הדין המבואר בגמרא דרב אשי אמר שהוא יכול למכור את בית הכנסת במתא מחסיא מאחר שאדעתא דידיה קאתו.

ויש להעיר, דהתם לא נאמר אלא, שמאחר וכולי עלמא תלו דעתם בדעת רב אשי שהיה גדול הדור, לכן הם מסכימים לדעתו לענין מכירת בית הכנסת, וממילא אין צריך לשאול לדעתם, בסתמא אמרינן שדעתו מייצגת את דעתם. אבל אין כאן קביעה דבכה"ג דבית הכנסת דמתא מחסיא, כל עוד לא נמכר, שיהיו לו דינים אחרים מבחינת הבעלות הממונית על בית הכנסת. אלא אם בית הכנסת נמצא בכרך הרי הוא של כלל ישראל (ובהתאם לשיטות דלעיל), ובכפר הוא של כל אנשי הכפר, עיין בראשונים בסוגיא (כולל רבינו יהונתן מלוניל ונמוקי יוסף ובב"י סי' קנג, ואין צורך להאריך בזה).

(לא נכנסנו כאן לבאר גררי דינו של בית הכנסת של יחיד, דפשיטא שאינו עניין לנד"ד. ע"ע בשו"ת התשב"ץ ח"ד (חוט המשולש הטור הראשון סי' ז) דבית הכנסת דיחיד היינו כשהיחיד הקדיש ביתו לזמן מוגבל לצורך תפילת הציבור,

שנית, נראה ברור שדין זה של הרמ"א שמקורו באור זרוע (ח"ב סי' שפה), קובע שגם במקום שהיחיד שייך לעצמו זכות, בית הכנסת שייך גופו לקהל, שהרי הוקדש לקהל אלא שנשארה ליחיד זכות מסויימת, לעכב מכירה בלא דעתו, ואין דינו כבית הכנסת הנמצא בבעלות היחיד שלא נמסר לציבור, וכפי שהודגש בלשונו של הערוך השלחן שהבאנו. וכמו כן אין סברא לומר שהיחיד והציבור שותפים ממש כך שלכל אחד מהצדדים, דהיינו ליחיד ולציבור, יש חלק בשותפות בגוף בית הכנסת, דאיך נוכל להמציא שותפות בין שותפים כשמלכתחילה בעת ההשתתפות לא סוכם ולא הוזכר סוג כזה של השתתפות, (וכעין תשובת הרא"ש כלל פט סי"ג דהשתתפות בתנאים צריכה להאמר בעת ההשתתפות).

אלא פשוט שעיקרו של בית הכנסת הוקדש לציבור ושייך לציבור, וכמו שהובא לעיל באריכות שכך מעמדו של בית הכנסת שנמסר לציבור, אך מאחר שהוקדש בתנאי שלא ניתן למכרו בלא דעתו של המקדיש, התנאי מחייב. וע"ע בפד"ר ח"ז עמ' 210 שהביאו מביאור הגר"א דהיחיד רק יכול להוסיף עיכוב למכירה מכח התנאי אך עכ"פ נשאר שייך לכו"ע, וע"ע בביה"ל שם ואכמ"ל בזה.

לכן מכיון שעכ"פ בית הכנסת נמסר לכלל הציבור ושייך לכלל הציבור, רק יתכן שהיה שיוך בהקדש. הרי שבנידון דידן דפנים חדשות באו לכאן, המבנה המקורי כבר אינו בעולם, ומבנה בית הכנסת שלפנינו הוקם מחדש, הרי שעלינו לקבוע שנבנה כאן בית הכנסת חדש על קרקע של הקהל, ובגוף המבנה החדש אין שום שיוך זכות לגורם כלשהוא מלבד הקהל שעבורו נבנה בית הכנסת. ואף אם מלכתחילה היה שיוך, הרי ששיוך זכותם נשארה על הקרקע בלבד, ואין לה כל משמעות מעשית לקבוע סדרים בבית הכנסת. דאמנם אילו היינו קובעים שהקרקע שייכת למי שבנה את בית הכנסת, הרי שכל מבנה שנבנה על קרקע זו גם נידון כשייך ליורשיו, ומי שבנה נידון כיוורד לשדה חבירו, אך מאחר ומעיקרא הקרקע היא קרקע של הציבור, אין סברא לומר שהזכות ששייך האדמו"ר זצ"ל שבנה את בית הכנסת, בקביעת סדרים במבנה הראשון, תחול גם על המבנה החדש, מאחר שבמבנה הנוכחי לא הוא ולא יורשיו ולא אחד מממלאי מקומו, לא השקיעו ממון ולא הקדישו הקדש עם שיוך זכות.

הטענה שבית הכנסת לא נבנה בסתמא אלא במטרה יחודית

בנושא שלפנינו נשמעה שבית הכנסת מלכתחילה התנהל במתכונת של שטיבל חסידי, של חסידות מסויימת ועפ"י דין לא ניתן לשנות זאת. וציטטו מפס"ד של ביה"ד הגדול שהודפס בפד"ר חלק ז' עמ' 211, שאין מקום לשנות את יחודו של בית הכנסת מכפי שהושתת מתחילה.

ביחס לציטוט זה ולעצם הטענה ברצוני להעיר שלש הערות - ראשית, אילו העובדות היו ידועות שאכן ביהכ"נ

עלתה טענה, שהיה מעמד תקף להסכם הנ"ל הקובע מי יקבל את המבנה, מכיון שנערך ע"י הגבאי של בית הכנסת, ממילא יש להתייחס להסכם זה כהסכם שנערך ע"י מי שהיתה לו הסמכות. שהרי הגבאי מחזיק בשררת גבאות. ומתוך כך טען התובע שאי עמידה בהסכם מצד המחזיקים הנוכחיים בביהכ"נ, גורמת לכך שעלינו לדונם כמי שירדו שלא ברשות.

אך הטענה מוטעת מיסודה מאחר שאין מקום לדון שררת גבאות אלא כל עוד הגבאי ממשיך בתפקידו, ואז הרי בכל ענייני הגבאות יש לו סמכות לפעול ולערוך הסכמים, משא"כ כשהוא מחליט לסיים את פעילותו ולהעביר שררתו לאחר, בכה"ג אין ממש בהעברה זו.

סברא זו מבוארת בתשובת מהר"ם שבמרדכי ב"ק סוף פרק החובל, וכן נפסק בשו"ע או"ח סי' קנג סעיף יב. הטעם מבואר במרדכי - "לאו כל כמיניה, שהרי לא השליטו הקהל על אותה מצוה אלא לאותו האיש ולזרעו אבל לא למכור לאחרים ... אינו רשאי למכור לאחר בלא רשות הקהל. וכן כל מיני שררה כהונה ולויה וכיוצא בהן אין לו רשות למכור", עכ"ל מהר"ם שבמרדכי. וכן באר המ"ב שם ס"ק עה וס"ק עו. וע"ע בספר חקרי לב חלק יו"ד סי' יח.

הכלל בקביעת אפוטרופוס לבית הכנסת

כל האמור עד כה נאמר ביחס לקביעת הבעלות על בית הכנסת, אך כעת אחת השאלות העיקריות והמעשיות שבפנינו היא שאלת האפוטרופוס על בית הכנסת.

ונראה שמאחר שכל הסדרים שנקבעו בבית הכנסת ע"י המחזיקים הנוכחיים היו לטובת בית הכנסת והמתפללים בו, ממילא הגבאים הוחזקו כדין במשך שנים בחזקתם ולא ניתן להורידם. ועיין בשו"ע או"ח סי' נג סעיף כה שפסק "אין מסלקין חזן מאומנותו אלא אם כן נמצא בו פסול". ובשערי תשובה הביא בשם תשובת הרמב"ם "שאין מורידין אדם מקדושתו מסנהדרי גדולה ועד חזן בית הכנסת אא"כ עבר עבירה בפרהסיא ... "

וכן פסק הרמב"ם בפרק ד' מהלכות כלי מקדש "והוא הדין לכל שררה שבקרב ישראל שהזוכה לה זוכה לעצמו ולזרעו". וממילא גבאי בית הכנסת זכו לעצמם לנהל את ענייני בית הכנסת, ולא מכח מה שקנו מהגבאי הקודם, שהרי לא היה בידו למכור חזקתו לאחר כמבואר במרדכי בב"ק סוף פרק החובל ובשו"ע או"ח סי' קנג סעיף יב שהבאנו לעיל, אלא זכו בשררה זו מכח המציאות שהחזיקו בה מספר שנים כדין ובהסכמת ציבור המתפללים. ועיין בתשובת מהרש"ם ח"א סי' קצח שדן במחלוקת הפוסקים אם יש חזקה במצוות, והעלה שהמנהג הוא שיש חזקה במצוות, והוסיף המהרש"ם - "אבל בדבר שיש בו שררה קיימא לן דאפילו החזיק מעצמו זכה בה כמ"ש הרמ"א ביו"ד סוף סי' רמ"ה בשם ריב"ש ובתשובת רמ"א סי' נז הוכיח כן רב אחד

ומבואר בדבריו דדוקא בכה"ג שההקדש הינו לזמן מוגבל לא חלו עליו דיני קדושת בית הכנסת, עיין בלשונו שכתב - "אין המקום ההוא מוקדש עד שיקדישו בעליו לצמיתות לדורותיו, ואין לטעון עליו שהוא הקדש מצד הציבור שהם מתפללים בו היום כמה שנים, אחר שהם מודים שלא ירדו למקום ההוא רק דרך שאלה, ואינם טוענים עתה שיעקב הקדישו לציבור או מכרו להם". וממילא אינו עניין לנד"ד, שהוקדש לצבור לצמיתות, ולא דרך שאלה לזמן).

מסקנת הדברים -

הטענה שבית הכנסת נבנה מעיקרא כבית כנסת של טורסיים עם יחוד מסויים כוללת בתוכה שלש טענות.

ראשית, טענה ביחס לבעלות על בית הכנסת.

שנית טענה ביחס לתנאי בבניינו של בית הכנסת וכעין שיעור זכות. ושלישית טענה ביחס לאיסור שינוי מנהג המקום שנקבע בעת יסודו. ביחס לשלושת טענות אלו קבענו -

א. מצד דיני ממונות הממעה ועליו להוכיח שמעיקרא נבנה כבית כנסת של טורסיים.

ב. מצד שיעור בבניינו של בית הכנסת מלבד דגם בזה אמרינן הממעה, אף לאחר שיוכח השיור, יש לדון דאינו מועיל, מאחר ובכל מקרה בית הכנסת ביסודו שייך לכלל הציבור אלא רק נשארה זכות למקדיש, וככה"ג דנד"ד שפנים חדשות באו לכאן, אין ערך לזכות זו ביחס למבנה החדש.

ג. ביחס לאיסור שינוי מנהג המקום, כתבנו דאדרבה אין לשנות מהמנהג הנוכחי, מאחר והמנהג הראשון (אילו אכן היה כטענת התובע), כבר התבטל מזה זמן רב וכעת מתפללים במקום אנשים אחרים.

תוקפו של ההסכם שנערך בין גבאי ביהכ"נ לנתבעים

בנדון שלפנינו, לאחר שבית הכנסת במתכונתו הקודמת פסק לפעול, ולאחר שהיו בעיות חמורות של סכנת התמוטטות בקירות, ערך גבאי בית הכנסת הסכם עם המחזיקים הנוכחים להעברת בית הכנסת אליהם. לטענת התובע, המחזיקים הנוכחיים הפרו את ההסכם ובכך דינם כיורדים שלא ברשות.

והנה ודאי כל מה שעשו המחזיקים הנוכחיים במקום, עשו כראוי ועל פי הדין המבואר בשו"ע או"ח סי' קנב - אם חרבו יסודותיו או נטו כתליו ליפול סותרים אותו מיד ומתחילין לבנות במהרה ביום ובלילה שמא תדחק השעה וישאר חרב". ועיי"ש במ"ב סק"ז דאף בבית הכנסת דכרכים מותר לעשות כן, דמסתמא כל העולם מרוצים לזה כיון שבנו בית הכנסת אחר במקומו.

נוסף לכך לטענתם כניסתם לבית הכנסת נעשתה על דעת הרה"ג הרב שמחה קפלן זצ"ל שהיה רב העיר בצפת ואב בית הדין והיה ממונה על ההקדשות.

ולכן אין מקום לדון שהמחזיקים הנוכחיים ירדו שלא ברשות.

מבית הכנסת ואינו רגיל לבוא בכל פעם, וכיון שעיקר התמנות הראשים היא לפקח על יסודי החברה שהיא ללמוד תורה ברבים בכל יום ולהשגיח בעת התפילה שיקיימו המתפללים ומקדשי תיראו שלא ידברו בעת התפילה וקריאת התורה ולחלק העליות והמצוות כל אחד לפי הכבוד הראוי לו כמבואר בפנקס התקנות, ולכן שפיר תקנו שלא ימנו אותן שאין להם מקומות קנויים בבית הכנסת שרובן דרים בריחוק מקום ולא יוכלו לבוא למלאות תפקידם ובפרט בשבתות וי"ט, וסמך לזה מהא דפסחים דף קיג. דא"ל רב לרב אסי אל תדור בעיר דריש מתא אסיא פרשיי ז"ל רופא ואמרי לה ת"ח, ותרואויהו חד טעמא שהם טרודים ואינם יכולים לעסוק הרבה בצרכי ציבור, ומה לי טרוד באומנותו או שאינו יכול לעסוק בצרכי ציבור המוטלים עליו מחמת שדר בריחוק מקום. עכ"ל התשובה בשו"ת אבני זכרון.

ולפי זה נראה דה"ה בנידון דידן, גם אילו היה לתובע חלק בבעלות על בית הכנסת, אין בכך נ"מ כלל לשאלה את מי למנות אפוטרופסים, מאחר ועסקינן בבית הכנסת פעיל המתפקד באופן קבוע כל יום, הרי שמינוי האפוטרופסים היינו מינוי גבאים בלבד, שהרי לא תינתן בידם סמכות החורגת מניהול סדרי ביהכ"נ. ובכה"ג הכלל הקובע במינוי כזה הוא שהאפוטרופסים יהיו נציגים ממתפללי בית הכנסת ויתמנו בהתאם ליכולתם לנהל באופן יעיל יום יום את סדריו הקבועים של בית הכנסת. ומאחר ואין מקום עפ"י דין למנוע מהמתפללים הנוכחיים בביהכ"נ להמשיך בחזקתם במקום, ממילא האפוטרופסים צריכים להתמנות מתוך ציבור המתפללים. ומהאי טעמא אין מקום להעמיד מעליהם בנשיאות בית הכנסת מי שנשיאותו עשויה להגביל אותם מלהמשיך בחזקתם. ולכן יש למנות כאפוטרופסים נוספים את גבאי בית הכנסת המשמשים כיום בתפקידם והם האפוטרופסים היודעים מה הם צרכי בית הכנסת וכיצד להמשיך לנהלו, ואין מקום למנות אפוטרופוס מי שאינו מתפלל בקביעות בבית הכנסת וק"ו מי שכלל אינו גר בצפת.

מש"ס דב"ב י"ב וכן הוא בתשובת מבי"ט ח"ב בשניות סי' ח' עיי"ש.

ולכן אף אילו היה מתברר שיש לתובע שבפנינו חלק בבית הכנסת מדין יורש, אין מקום למנותו לאפוטרופוס ולהעדיפו על הגבאים הנוכחיים.

ואין צ"ל שלא ניתן לסלק מבית הכנסת את המתפללים שהורגלו להתפלל בו, וכמ"ש בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ה סי' מא, עיי"ש. ואף אם יוחלט בבית הדין להשאיר את האפוטרופסים שנקבעו בהחלטה הקודמת, אין להם סמכות לסלק אדם ממתפללי בית הכנסת, וכמ"ש שם מהר"ש ענגיל "דהגבאי נתמנה רק לפקח על צרכי בית הכנסת ולא לגרע לגמרי זכותו של היחיד לדחותו מבית הכנסת".

נראה שבנידון שלפנינו ראוי להחליט העיקרון המנחה ביחס לקביעת האפוטרופסים הוא כפי שכתב בשו"ת אבני זכרון (להג"ר אלטר שאול פעפער ז"ל, שהיה אב"ד בניו יורק, בתשובה משנת תרפ"א). בסי' עד כתב האבני זכרון אודות תקנה שתקנו בבית הכנסת שלא למנות לנשיאות ושררה בבית הכנסת אדם שמתפלל בבית הכנסת אך לא קנה מקום בבית הכנסת, וכתב שם - "מה שייכות נשיאות ושררות לקנין הקרקע, ודאי מי שאינו נושא בעול עם הציבור לא יוכל להיות מראשי העדה דהרי אינו נמנה עמהם, אבל אם לא קנה קרקע מיוחדת ובשאר דברים נותן חלקו כמו שאר החברים לא אדע למה יפסל מלמנות בראש והכתוב בפרשת מסעי אומר אלה האנשים אשר ינחלו לכם את הארץ אלעזר הכהן וגו'. ועלי הכהן ושמואל הרמתי הלוי היו נשיאי ישראל אע"ג ששבט לוי לא נחלו נחלה בארץ ... ועיין בש"ס סוטה דף מא: ופרשיי ותוס' שם ובמסכת יבמות דף מה: דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה וראוי לשררות ונשיאות בארץ, והרי אין לו קנין וחלק בארץ ... אכן לדעתי נתקנה תקנה זו מטעם אחר, והוא שעל פי רוב אותן אנשי החברה הדירים ברחובות הסמוכים לבית הכנסת וקובעים מקום להתפלל בתמידות בבית הכנסת הלא הם קונים מקומות, ומי שאינו קונה מקום קבוע או שמוכר מקומו עפ"י רוב מחמת שדר מריחוק מקום

סימן נז

פס"ד בשאלת מעמד בית העלמין

הופיע רב העיר, וטען שאין אישור להקמת סככה כזו, ועל כן הסככה נעקרה והוצאה מהמקום. לדבריו מקובל להזהיר בטרם מוציאים סככה כזו. בית הדין קובע כי המנהג המקובל בבית העלמין, מחייב את הציבור הרחב.

עיין בשו"ת מהר"ם שיק חלק יו"ד סי' קע"א שפסק ששטח בית העלמין נידון כחצר השותפין, ואין אחד

בפני בית הדין תביעה כנגד רב העיר כממונה על חברה קדישא.

התובע התקין סככה על קבר אמו המנוחה, לדבריו עשה כן כדי להגן על הקבר מגשם ושמם.

עובד חברה קדישא פרק את הסככה והוציאה מהמקום. כעת בפני בית הדין תביעה להחזיר את הסככה או לשלם את ההוצאות שהיו לתובע בהתקנתה.

התקנת מחיצות וכיוצ"ב ליד הקבר, וז"ל – "בדבר זה איתא משום יוהרא, ואין משנין בין מת למת, דאם הוא לכבוד, יש ביזוי לשאר המתים".

לכן הסרת הסככה הית המעשה נכון, אך מאחר שהמעשה נעשה ללא התראה מוקדמת, הושגה פשרה לפצוי התובע בסך 750 שקל שישולמו תוך שלושים יום.

מהשותפין רשאי לנהוג במקום בניגוד למקובל בין השותפין ולעשות דבר שאר השותפין מקפידים להמנע ממנו.

יתירה מזו, מאחר שבית העלמין מנוהל על ידי המועצה הדתית. וכללי ההתנהגות במקום נקבעים על ידה. כללים אלו מחייבים את כל באי בית העלמין.

נוסיף סברא שכתב בספר דרכי חסד (להג"ר י.ד. אושפאל) עמ' רט שנשאל בשאלה דומה וכתב שיש למנוע

תוכן הפסקים

חלק אבן העזר

אדה"ע סי' קלד.

סימן עז סידור גט לאחר ששופט איים על הבעל במאסר 491.

הסכם הגירושין אושר בבית המשפט, ולמרות ההסכם הבעל נמנע מלהתייצב בבית הדין למתן הגט, השופט איים על הבעל שאם לא יתן גט הוא יענש במאסר, האם ניתן לסדר גט, על יסוד ההנחה שהבעל בעצם מעוניין להתגרש, ועיכוב הגירושין אינו מפני שהוא חפץ באשתו אלא מפני שלא קבל לרשותו את הרכוש האמור להגיע לו עפ"י ההסכם. הדין כשהופעלה כפיה לגרש, אך גם לולי הכפיה הבעל רוצה לתת גט, האם יחשב כגט מעושה. הפתרון למקרה שבבית המשפט נעשתה כפיה הפוסלת את הגט.

אדה"ע סי' קלד.

סימן עח פסק דין בשאלת מסירת מודעא בגט 499.

באמצע כתיבת הגט הבעל אמר שהוא אנוס, ובטרם מסירת הגט נעשה ביטול מודעות, האם בדבריו אלו נחשב כמוסר מודעא והאם יועיל ביטול מודעות שנעשה רק בטרם מסירת הגט. מהו הנוסח שדבריו מקבלים מעמד של מסירת מודעא, טענת אונס שקרית, האם יש לחוש לביטול גופו של גט ולא יועיל ביטול המודעות. האם לאחר שניתן גט שיש בו ספקות, ניתן לאכוף עליו שיתן גט שאין בו ספק.

אדה"ע סי' קלד.

סימן עט פסק דין בשאלת כשרות גט 511

בעל שאמר באמצע כתיבת הגט שאינו רוצה לתת גט וכי הגט ניתן בכפיה, והדברים נאמרו שלא בפני הסופר והעדים אלא בפני עד אחד, שהוא פקיד בבית הדין, האם דבריו יחשבו כמסירת מודעא. בירור הלכה של מסירת מודעא בפני עד אחד. האם יש נוסח מסויים למסירת מודעא. האם לאחר שניתן גט שיש בו ספקות, ניתן לאכוף עליו שיתן גט שאין בו ספק.

אדה"ע סי' עז סי' קלד וסי' קנד.

סימן פ "הרחקות דרבינו תם" לרבות שלילת רשיון נהיגה ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי" ובית הדין לא פסק כפיה או חיוב לגרש 517..

ביאור שיטת ר"ת שקבע הרחקות ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי" והוא מסרב לתת גט. האם שיטת ר"ת מוסכמת על שאר הראשונים, והאם נפסקה להלכה. כיצד ניתן לבאר את שיטת ר"ת גם כשאינו חיוב גירושין. האם יש להמנע מלומר לבעל שמתרחקים ממנו עד שיתן גט. האם קיים תנאי שיוכל ללכת למקום אחר ולהינצל מההרחקות. האם שלילת רשיון נהיגה יחשב כריחוק מהבעל או כפגיעה ישירה בגופו או בממונו.

אדה"ע סי' עז סי' קלד וסי' קנד.

סימן פא ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם" 536..

האם מידת הלחץ שהבעל נלחץ פוסלת את הגט, או רק אם ננקטו אמצעים המוגדרים בהלכה כעישוי. האם עיכוב יציאה מהעיר יחשב כהרחקות דר"ת או ככפיה בגופו. הרחקות דר"ת אינם כעישוי, מפני שההחלטה להתרחק מהבעל אינה כפגיעת נזק בגופו או בממונו, גם אם נעשתה ללא הצדקה. האם יחשב כעישוי אם אינו יכול לצאת למקום אחר.

אדה"ע סי' עז סי' קלד וסי' קנד.

סימן פב ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם" 546..

האם דינו של ר"ת בהכרח מיוסד על ההנחה שקיים חיוב לגרש, והאם במאיס עלי ניתן לקרותו עברייין, או שקריאה כזו תחשב ככפיה במילי, ולא הותר אלא להתרחק ממנו, שהיא דרגה נמוכה יותר מכפיה במילי.

אה"ע סי' עז סי' קלד וסי' קנד.

סימן פג שלילת קצבת ביטוח לאומי מסרבן גט 548...

האם לאזרח זכות מוקנית בקצבת ביטוח לאומי ושלילתה ממנו דינה כנטילת ממונו, או שדינה כמניעת הטבה בלבד. האם מניעת הטבה יחשב כאונס. האם יש חילוק בין הטבה שעדיין לא זכה בה להטבה שכבר זכה בה. היחס בין תשלום דמי הביטוח החודשיים לזכות לקבל את הקצבה בבוא היום. כיצד התייחסו פוסקי הלכה בזמנינו להגדרת מעמדה של קצבת ביטוח לאומי ביחס לדיני מזונות ריבית ומעשר כספים ומעשר עני. כיצד המחוקק האזרחי הגדיר את מהותו של המוסד לביטוח לאומי וקצבאותיו. הגדרת "עני", והאם אמירה וכתובה בצדקה תחשב כקנין המזכה את העני בצדקה.

אה"ע סי' קמא סעיף ל' וסי' קמב סעיף ט' סי' קיט סעיף י' סי' קלט סעיף טו וסי' קכו סעיף מט

סימן פד מעמדם של בני זוג לאחר גירושין שסודרו על ידי אדם שאינו בקי בטיב גיטין..... 558

התייחסו לשני מקרים שונים שבהם הבעל מסר לאשתו גט שסודר על ידי מי שאינו בקי בטיב גיטין. ובאחד מהם הגט ניתן בתוך מעטפה תוך כדי הטעיית האשה שלא ידעה על הגט. וכן אודות גט שנכתב בנוסח מקוצר ומחודש, והוכחנו שיש בו ריעותות רבות המערערות את כשרותו מעיקר הדין.

אה"ע סי' קמא סעיף מב.

סימן פה מעמדו של השליח הראשון לאחר שמינה שליח שני 568.

שליח להולכה ראשון מינה שליח שני, ונאלץ למנות שליח אחר במקומו, האם יוכל למנות שליח אחר. האם כלתה שליחותו של ראשון לאחר שכבר מינה את השני. אם בכוחו של שליח ראשון לבטל מינוי שליח שני. האם שליח ראשון יכול למנות שליח אחר כשהגט כבר אינו בידו.

אה"ע סי' קמה ב"ש ס"ק טז, סי' קנד סדר הגט סעיף יד.

סימן פו האם יש חשש בכשרות הגט כשהבעל הוטעה בהסכם הגירושין 577.

האם יש חשש כשהאשה לאחר הגירושין אינה מקיימת את ההסכם שהוסדר טרם מתן הגט, האם הטעייה בעת מתן הגט חמורה יותר. "הגט מווינא", דעת גדולי ישראל שדנו בכשרותו, והכרעת ההלכה בזה. הטעיית הבעל בשאלת חיוב הגירושין. הטעיית בעל שדינו נפסק לחיוב גירושין. מוטל על מסדר הגט להסדירו בדרך שתסיר כל חשש לטענה לביטול הגט לאחר הגירושין.

אה"ע סי' קמט.

סימן פז בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד 618.

זוג התגרש וחזרו לחיות יחד למשך כשנה לאחר שעדיין לא מצאו פתרון למגוריהם הנפרדים לאחר הגירושין. לאחר מכן האשה עזבה ונישאה לאדם אחר, יש לדון האם יש לחייבה בגט מבעלה הראשון, ואם מותרת לבעל השני. "לנה עמו בפונדקי" בלא עידי יחוד, אלא שהיה הדבר מפורסם, מחלוקת הריב"ש והרא"ה. האם נאמנים לטעון שלא היתה כוונת קידושין. האם נאמרה הלכה זו באדם שאינו שומר תורה ומצוות.

אה"ע סי' קמט.

סימן פח בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד 629

"לנה עמו בפונדקי", אך עידי היחוד אינם יודעים שהתגרשה, האם יוכלו להחשב כעידי קידושין, מחלוקת האחרונים בזה. האם עדים שראו מעשה קידושין, אך לפי דעתם הקידושין אינן מועילים, וטעו, האם יחשבו כעידי קידושין. "לנה עמו בפונדקי" כשאינו מקפיד על איסור נדה.

אה"ע סי' עז וחור"מ סי' כב

סימן פט חיוב הגירושין כששני בני הזוג אינם רוצים בזה (בירור שיטת רבינו ירוחם) 632.

בני זוג הגרים בנפרד מספר שנים, ושניהם אינם רוצים שלום בית, אך הבעל מעכב את הגירושין עד השלמת ההליכים המשפטיים בבית המשפט בענייני הרכוש, וכל אחד תולה בבן הזוג את האשמה בפירוד. האם מוטל על בית הדין לברר מי אשם בפירוד שהחל בזמנו. ביאור דינו של רבינו ירוחם המחייב גט לאחר י"ב חודש, ובאילו נסיבות יהיה מקום לחיוב גירושין. האם תיתכן "מרידה הדדית". האם יש מקום לפסיקה שקבעה שאין לחייב גירושין כשבן הזוג השני החל במרידה

וגרם לסרבנות הגט של הנתבע בגירושין. כשאדם בחר לנהל את ההליך המשפטי בערכאות, האם יוכל לטעון שבן הזוג שקבל חלק מהרכוש עשק אותו.

אה"ע סי' קנד סעיף א

סימן צ כפיית גט לבעל שעזב את אשתו וחי עם אשה אחרת. 637...
האם ניתן לפסוק כפיית גט לבעל שחי עם אשה אחרת, ובהתאם לדינו של ספר האגודה. מה טעמו של האגודה, והאם דינו מוסכם על פוסקים אחרים. האם דברי האגודה נאמרו גם כשאשתו כבר אינה רוצה בו עוד קודם לקשר עם האשה הזרה. האם ניתן לחייבו בגט על פי הודאתו. האם צריך התראה מוקדמת בטרם יחוייב בגט.

אה"ע סי' קנד באר היטב סק"א

סימן צא האם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאים לגירושין (בירור שיטת מהרשד"ם). 647
לדעת מהרשד"ם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאי להסכמתו לגרש, תנאי שנקל לקיימו. ביאור שיטת מהרשד"ם, והובאו דעת הראשונים והאחרונים שכתבו להיפך מסברא זו. חלוקה בין תנאי שבו נחלקו על שיטת מהרשד"ם, לתנאי שמגמתו להוציא גזלה מתחת ידי אשה ש"אינה ציית דינא", ואין דרך להוציא הגזלה מידה אלא באמצעות עיכוב הגירושין. יש שביארו דינו של מהרשד"ם שאם האשה אינה ממלאת את התנאי שהבעל הציב היא נחשבת כ"מעגנת את עצמה", דחיית הסבר זה שאין לו אסמכתא, וטוען שאין להגדירה כ"מעגנת עצמה" כל עוד היא נמנעת מדבר שאינה מחוייבת בו.

אה"ע סי' קנד.

סימן צב חיוב גירושין לבעל אלים. 662...
בעל אלים שהכה את אשתו, האם יש לחייבו או אף לכפותו בגירושין. שיטות הראשונים והפוסקים. אלימות שיש בה חשש סיכון, חמורה יותר, וכן בזמנינו קיימת מאיסות גדולה ביחס לבעל אלים יחסית לדורות קודמים. הצורך בהתראה בטרם חיוב הגט, ומה יחשב כהתראה. האם עוד בטרם ניתן הגט, יגבו ממנו כתובה ותוספת כתובה.

אה"ע סי' עז וסי' קנד.

סימן צג בעל הכלוא בבית הסוהר – חיובו בגירושין. 672...
כשהבעל בכלא, האם עצם הכליאה היא עילת חיוב או כפיית גירושין, גם בלא להתחשב בטיב מעשיו הפליליים שבגינם נכלא. דעת כמה מגדולי האחרונים ופסקי הדין שניתנו בנושא. האם יחשב כמורד באשתו, או מאחר שכלוא בניגוד לרצונו לא יחשב כמורד. דינו של מורד לפרק זמן ידוע מראש. האם יש להמנע מחיוב הגירושין בהעדר התראה מוקדמת. האם יש להמנע מגירושין כשאינה באה מחמת טענה.

אה"ע סי' קנד.

סימן צד כפיית הגירושין על הבעל עפ"י דעת רוב הפוסקים. 687...
לשיטת החתם סופר במחלוקת הראשונים אם כופים גירושין על בעל נכפה, אין הכרעה, ואם יכפו, הגט בטל ואף אינה ספק מגורשת. האם ה"ה בכל מחלוקת פוסקים, האם דברי החתם סופר מוסכמים על הפוסקים והאם בית הדין רשאי להכריע במחלוקת ולחייב או לכפות גט על יסוד הכרעתו.

אה"ע סי' קסט.

סימן צה נעל חליצה שחלקה העליון פתוח ברובו. 689...
בשאלת מבנה נעל חליצה, האם יש לעשותה כך שתכסה את רוב גב כף הרגל, וחלקה העליון יהיה רובו סגור. מה הביאור בדברי הגמ' שעל הנעל להיות "חופה את רוב רגלו".

אה"ע סי' קסט סעיף נ.

סימן צו חזרה מהתחייבות לטובת הבעל המחוייב בגירושין. 692...
בנסיבות שהבעל מחוייב בגירושין, וקודם לגירושין הוסדר הסכם גירושין שבהם האשה התחייבה לטובת הבעל או ויתרה על זכויותיה, האם תוכל לחזור בה לאחר הגירושין ולטעון "משטה אני בך", או לטעון שההסכם נעשה תחת לחץ. האם גם בהתחייבות שנעשתה בפני בית דין ניתן להתנער מההתחייבות בטענה הנ"ל. האם דין שונה להתחייבות שאושרה בבית דין רשמי וקבלה תוקף של פסק דין.

אה"ע סי' קעח

סימן צז אשה שהתגרשה מבעלה בערכאות בלבד ונישאה לגוי ומבקשת לחזור לבעלה. 696
 אשה נישאה ברוסיה בחו"ק ונפרדה בפירוד חוקי בערכאות ובלא ג"פ כדמו"י, וכל זאת בתקופה שלא היו רבנים כלל ברוסיה ומעולם לא היה מי שילמד על הצורך בסידור גט כדמו"י. לאחר מכן האשה נישאה לגוי ולאחר שעזבתו מבקשת לחזור לבעלה היהודי. בירור שיטת ר"ת שביאת גוי אינה אוסרת. בירור מעמדה כשוגגת שאינה נאסרת לבעלה. בירור שיטת מהרי"ק, שהאיסור נקבע מפני שמעלה מעל בבעלה ולא מצד כוונתה לאיסור.

חלק חושן משפט

ח"מ סי' יד.

סימן א מעמדו של בית דין קבוע בעיר. 707
 מקורות לפסיקה שמעמד בית הדין האזורי כ"בית דין קבוע", וכי מעמדו עדיף על בית דין של זבל"א. כשהתביעה היא כנגד ציבור גדול של מתפללי בית הכנסת, אין זכות לכל אחד מהציבור לבקש לנהל בנפרד את תביעתו, ועליהם לבחור שלשה נציגים שינהלו את הדיון עבור כלל הציבור.

ח"מ סי' יג סעיף ז.

סימן ב הכרעת הדין עפ"י הרוב בבוררות. 709
 בעלי הדין קבלו את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", אך לא קבלו שגם הפשרה תוכל להינתן עפ"י רוב דעות, האם בית הדין רשאי לפשר עפ"י רוב דעות.

ח"מ סי' יא, יד, כו.

סימן ג דחיית טענות הנתבע המבקש שלא לחתום על שטר בוררות ושלא להופיע לדיון. 712
 נימוקים לדחיית בקשת הנתבע שלא לחתום על שטר בוררות ושלא להתייצב לדיון. נחיצות החתימה על שטר בוררות קודם לדיון, על מנת לתת תוקף חוקי לפסק הדין, ועל מנת להסמיך את בית הדין לפשר בין הצדדים. האם בכתב התביעה התובע חייב לפרט את מהות התביעה וטענותיו ואת ההוכחות שברשותו. מעמדו של בית הדין שבעיר. כשאחד הצדדים הוא איש ציבור מוכר בעיר. בעל דין שאינו מדבר עברית שוטפת ומבקש לקיים דיון באידיש. התנאים להיתר לתובע לתבוע בערכאות כשהנתבע אינו ציית דינא.

ח"מ סי' יא.

סימן ד האם ראוי שבית הדין ינדה את המסרב להופיע בפניו. 722
 ח"מ סי' יד.

סימן ה מקום הדיון בדין תורה שביין בעל לאשה. 723..
 האם בדיון בין בעל ואשה התובע הולך אחר הנתבע, מה קובעות "תקנות הדיון" בשאלה זו. מקום מגורים משותף אחרון שנקבע בתקנות הדיון, מהו גדרו ולאיזה פרק זמן. בני זוג שעברו לגור במקום אחר האם מיד נקבע המקום החדש כמקום מגורים משותף. האם יש מקום לחרוג מהתקנות במקרים מיוחדים.

ח"מ סי' יד.

סימן ו נימוקים לפסק הדין בשאלת מקום הדיון. 726..
 האם הדיון יתקיים במקומו של הנתבע או במקום שבו נעשתה העסקה. שיטת מהרשד"ם וביאור שיטתו. האם בדיון נוסף בין אותם צדדים, ניתן לבקש שהמשך הדיון יהיה בפני בית דין אחר.

ח"מ סי' יד.

סימן ז האם מקום הדיון בין חסידי חב"ד בבית דין שבעיר או בבית דין של חסידי חב"ד. 729
 כשיש שני בתי דין קבועים באותה העיר, בית דין של חסידי חב"ד עבור חסידי חב"ד מעמדו כבית דין קבוע עבור חסידי חב"ד, אך לא ניתן לחייב לטרוח ממרחקים להגיע לדיון בו. מעמדו של "בית דין לעבודה" כשאר בתי המשפט שדינם

כערכאות. נתבע המסרב לדין תורה בבית דין שאליו הוא מחוייב, ניתן לחושבו כסרבן שאינו ציית דינא למרות הסכמתו לדין בבי"ד אחר, ובית הדין יתיר לתובעו בערכאות.

ח"מ סי' יד.

733. סימן ח מקום הדיון כשהבעל תושב חו"ל בני הזוג גרו יחד בארה"ב, והאשה ברחה מבעלה עם הבן הקטן וחזרה לארץ. הבעל הגיע לארץ לדין משפטי בתביעתו להשבת הבן אליו, ומעוכב על ידי בית הדין מחזרה לביתו בארה"ב עד לסיום ההליך בתביעת האשה לגירושין. האם בית הדין רשאי לעכב את יציאתו מהארץ.

ח"מ סי' יד, יז.

737. סימן ט מקום הדיון, והאם יש מקום לשיקול המתחשב בחשש לסתימת טענות חובת בית הדין להשוות בין בעלי הדין ולמנוע מצב שבו יסתתמו טענות בעל הדין שיחשוב שמצבו בפני בית הדין נחות, דוגמאות להשלכות הנובעות מהלכה זו. פיצול תביעות שונות של אותם צדדים לשני בתי דין.

ח"מ סי' יד סעיף ה.

741. סימן י חיוב הנתבע בהוצאות גביית החוב בלשכה להוצאה לפועל ח"מ סי' יט.

סימן יא האם המיעוט חייב לבטל דעתו לדעת הרוב כשביה"ד דן בנושאים שאינם צריכים להיות נידונים בבית דין 743. האם דיין דעת המיעוט חייב לחתום על פסק הדין, תקנות הדיון בזה, מחלוקת קצות החשן ומנחת חנוך אם ניתן להזים בעדות איסור והיתר. הבחנה בין הוראת איסור והיתר להוראת דיני ממונות.

ח"מ סי' כו.

745. סימן יב נתבע שסרב לדין תורה ולאחר שתבעו בערכאות מבקש דיון בדין תורה יברר מה הטעם שאין נזקקין למי שהלך לערכאות ואח"כ מבקש לדון בדין תורה, האם הלכה זו מתייחסת גם לנתבע שסרב לדין תורה והתובע קבל היתר לתבוע בערכאות, והנתבע חוזר בו מסרבנותו. האם ניתן להורות לנתבע להשליש בבית דין את סכום התביעה עד לסיום ההליך.

ח"מ סי' כו.

748. סימן יג פסק דין בתביעת ועד אגודה שיתופית כנגד חברים באגודה בתקנון האגודה השיתופית של מושב נקבע שכל סכסוך בין החברים ימסר למשפט בוררים, האם גוף זה מעמדו כערכאות, והנתבע רשאי לתבוע שהדיון יתקיים בבית דין של תורה בלבד. האם דינו כבית דין של סוחרים, ומה גדרו של "בית דין של סוחרים" הנזכר בפוסקים.

ח"מ סי' לז סעיף ט, וסי' שן.

752. סימן יד דיין הקרוב לבעל דין בעל דין שאינו תובע ממון אלא רק טובת הנאה, האם קרובו יוכל לדונו. גדר טובת הנאה למ"ד שאינה ממון.

ח"מ סי' מו סמ"ע ס"ק נח, אה"ע סי' קמא ב"ש ס"ק מג

754. סימן טו שטר מעשה בית דין בירור טיבו ותוקפו של שטר "מעשה בית דין" לאישור גירושין ושליחות וכיוצ"ב, מדוע אינו נפסל בהיותו "מפי כתבם". האם שטר זה הוא עדות או פסיקת בית דין, מי ראוי לחתום על השטר, האם צריכים לחתום עליו זה בפני זה, וביום, ומה הנוסח הראוי לשטר זה.

ח"מ סי' מ.

766. סימן טז הודאת בעל דין וקנין אודיתא בירור המושג "קנין אודיתא", וגדריו, נאמנות או התחייבות, האם יש חולקים שאינו קניין.

ח"מ סי' מב סעיף ה.

סימן יז פרשנות הסכם שקיימות שתי דרכים לפרשו 777
 סתירה שהתגלתה בין שני חלקים בהסכם, או בין ההסכם לנספח. חילוק בין סתירה גמורה למקרה שבו ניתן לפרש בדוחק את הסתירה.

ח"מ סי' מו סעיף ד.

סימן יח חותמת בית הדין על מסמך כראיה מוחלטת לאמינות המסמך 779
 גם על פי ההלכה הסכם בין בני זוג מקבל תוקף רק לאחר אישורו כחוק. הוכחה לאישור ההסכם הוא כשהסכם חתום בחותם בית הדין, לרבות אישור מזכיר בית הדין המאשר שההעתק מתאים למקור. כיצד להתייחס למצב שבהסכם אחד הנספח להסכם חתום, ובעותק שבתיק ביה"ד חסר נספח.

ח"מ סי' עד סעיף ז' ובנתיבות סק"ה אה"ע סי' ק סעיף ה.

סימן יט הצמדת פירעון הלואה וכתובה 782...
 האם בהחזר הלואה ובתשלום כתובה יש לחשב הצמדה או על הלווה או הבעל לשלם את הערך הנקוב בשטר. מחלוקת מהרש"ם ומהרש"ך. האם בכתובה קיימת סברת "קולי כתובה שנו כאן" ביחס להצמדה.

ח"מ סי' עה סעיף ובט"ז בסוף הסי', ח"מ סי' רלב בש"ך ס"ק טו

סימן כ פרע הלואה ולאחר זמן נמצאו חלק מהשטרות מזוייפים 789.
 מחלוקת הט"ז והש"ך כשהתובע טוען איני יודע אם פרעתיך בשטרות מזוייפים, האם דינו כאומר איני יודע אם פרעתיך, או איני יודע אם התחייבתי. גדר "ברי על ידי אחר".

ח"מ סי' רסד סעיף ד, סי' עה סעיף כג.

סימן כא התובע טוען שהכסף ניתן כמתנה, ולטענת הנתבע ניתן כהלואה 792...
 סכום כסף שעבר מאחד לשני בלא להבהיר האם ניתן בתורת מתנה או בתורת הלואה, מה דינו. טענת ספק הלואה ספק מתנה. מהנה חבירו בסתמא ואח"כ דורש תשלום. עד קרוב המסייע האם פוטר משבועת היסת.

ח"מ סי' ע' סעיף א וסי' עה סעיף ז.

סימן כב טענה למחילת התחייבות שהיא בתוקף של פסק דין 796.
 הטוען שחיובו נמחל לו, ואין לו ראייה לטענתו. טוען מחילה ויש לו מיגו פרעתי. הסכם שקבל בבית הדין תוקף של פסק דין, אם דינו כשטר, ואינו נאמן בטענת פרעתי.

ח"מ סי' נ, סי' כו.

סימן כג מכירת צ'קים וגבייתם בהוצאה לפועל 801...
 יברר מהו מעמדו של הצ'ק על פי ההלכה, האם כהוראת תשלום בלבד, או כשטר התחייבות, האם על פי ההלכה רשאי לבטלו. האם יוכל לטעון קים לי כדעות שאין בצ'ק התחייבות ברת תוקף על פי ההלכה. מעמדה של הלשכה להוצל"פ כערכאות והאם כשהנתבע ציית דינא יוכל לפנות ללשכה להוצל"פ בלי רשות בית דין. תקנת בורח (פושט רגל).

ח"מ סי' כב סעיף א' וסי' קפב ש"ך ס"ק יא וסי' נו נתיבות סק"ה.

סימן כד חזרה מהסכם שנעשה בבית דין, ומעמדו של "יפוי כח בלתי חוזר" 808...
 התוקף שיש להסכמה בפני בית הדין גם בהעדר קנין, האם חתימה על מסמך "יפוי כח בלתי חוזר", דינה כמינוי שליחות ויוכל לחזור בו. התחייבות שלא לחזור, תוקפה. ביאור סוגיית "שליש" על פי נתיבות המשפט, ותוקף יפוי כח בלתי חוזר כדין שלישי. הטענה שההקנאה נעשתה למטרת הברחה מנושים בלבד. מקח הנעשה בעקבות יעוץ מוטעה שקבל הקונה.

ח"מ סי' קנד, סי' קנז.

סימן כה פסק דין בנוקי שכנים 816...
 "היזק ראייה" בבתיים וחצירות בזמנינו, חזקה בהיזק ראייה. האם ניתן למנוע בניה בטענה של הסתרת הנוף, או ירידת ערך הדירה.

ח"מ סי' שו סעיף א וסי' קמח בנתיבות סק"א.

828 פסק דין בתביעת נזיקין סימן כו
הזיק חפץ שיש לו חשיבות רבה לניזק בלבד ואין לו מחיר להימכר בשוק. האם בקביעת שיעור התשלום לניזק הקובע הוא הערך לניזק או הערך בשוק. אומן שלקח חפץ לעבודה האם יחשב כשומר עליו, והאם יש להפחית משכרו כשהחפץ אבד בפשיעתו.

ח"מ סי' קנג וסי' קנה.

838... הרחבת הדירה מעל "מרפסת סוכה" המונעת בניית הסוכה סימן כז
שכן אחד בנה מרפסת לצורך בניית סוכה ולאחר כמה שנים שכנו שמעליו הרחיב את הדירה וחסם את האפשרות לבנות סוכה במרפסת, האם בעל המרפסת יוכל למנוע את ההרחבה, גדרי "חזקת תשמישין" לעומת "חזקת קרקע". האם שכן רשאי למנוע את חבירו מבניית סוכה בחצר המשותפת. האם שכן בבניין משותף רשאי להוסיף מרפסת ללא רשות שאר השכנים. המעמד ההלכתי שיש ל"ועד הבית" בבניין משותף.

ח"מ סי' קנד.

843... פסק דין בנוקי שכנים סימן כח
בבנין משותף שני שכנים סמוכים, ואחד בנה סגירת מרפסת ושכנו טוען שהסגירה גורמת היזק ראייה הסתרת נוף ושמם.

ח"מ סי' קנד סעיף א.

849. זכותו של דייר בבית משותף לבצע שיפוץ בבניין סימן כט
האם בעל דירה בבניין משותף רשאי לבצע עבודות שיפוץ בבניין, או עליו לקבל את רשות שאר השותפים. התקנת מרזב המטפטף למרפסת השכן.

ח"מ סי' קנז.

850.. בעל דירה בבניין משותף, הנהנה מהרחבת דירה של שכנו סימן ל
אחד מבעלי הבתים הרחיב את דירתו והשכן מתחיתו נהנה מחלק מההרחבה וצפוי להנות מהשאר, כיצד לחייבו בהשתתפות בהוצאות העליון.

ח"מ סי' קסג.

852... דרכי הפעלת סמכות הציבור כנגד תושב הקהילה סימן לא
חבר מושב העמיד על דעת עצמו שלט גדול במקום בולט בתוך חלקה חקלאית במושב, ומזכיר המושב הסיר את השלט תוך כדי גרימת נזק לשלט ולסביבה, האם המזכיר פעל בסמכות, או יש לחייבו על הנזק. למי הסמכות להורות על התקנת שלט והסרתו.

ח"מ סי' קעא וסי' עז ואה"ע סי' קיט סעיף יא.

853. שני בני זוג לאחר גירושין, וכל אחד מהם תובע לרכוש את הבית המשותף סימן לב
בני זוג לאחר גירושין שכל אחד מהם מבקש לרכוש את הדירה המשותפת, מה הם דרכי ההכרעה בין הצדדים. האם יש להורות לצדדים להתמכר ביניהם ויזכה המציע את הסכום הגבוה. סברת "טילטולא דגברא קשים מדאיתתא", מהו מקומה. אחד מבני הזוג שפרע חוב משכנתא האם זכאי לאחר הגירושין להחזר.

ח"מ סי' קעא סעיף ח.

861.. תשלום דמי שימוש בנכס לשותף שנמנע ממנו השימוש סימן לג
האם שותף שנמנע ממנו השימוש בשותפות יקבל תשלום מהשותף שהשתמש בכל הנכס המשותף. ביאור תשובת הרשב"א, והאם יש ראשונים החולקים על הרשב"א. האם בני זוג לעניין זה כשני שותפים. האם יש חילוק בין זוג החי בשלום לזוג הנמצא בהליכי גירושין.

ח"מ סי' קעה.

סימן לד' טענת שוכר למנוע החלפתו בשוכר אחר מפני זכותו כ"בר מצרא" 870...
 שוכר שסיים את תקופת השכירות ומבקש למנוע משוכר אחר להכנס לאחוריו, בטענת זכותו כבר מצרא, האם יש ממש בטענה זו. מחלוקת הט"ז סוף סי' קעה ואחרונים.

ח"מ סי' קעו

סימן לה' פסק דין בתביעה הדדית של שותפים 872...
 תביעה של שותף אחד לפרק את השיתוף עוד בטרם הסתיים פרק הזמן שנקבע מראש לשותפות. האם דינו של שותף כפועל שיכול לחזור בו בחצי היום. מה הן העילות המוצדקות לפירוק שיתוף באמצע תקופת השותפות.

ח"מ סי' קסג

סימן לו' דין תורה שבין ועד מושב מקומי לתושב החבר במושב 878...
 סמכות בני העיר להטיל מסים, האם יש תושבים הפטורים מתשלום מס. הטוען שאינו יכול לשלם מסים, הקריטריונים לגבייתם. דינם של בני העיר כשותפים. דיין המתגורר באותה העיר כשירותו לדון בענייני העיר. חובת הדיווח ופרסום ניהול ענייני העיר.

ח"מ סי' קסד וסי' שס סעיף א.

סימן לז' בנייה בבית משותף ללא אישור שאר השותפים 885...
 בית המשותף לארבעה דיירים, ושניים מהם עשו עבודות בינוי והרחבה בדירתם בלא הסכמת שאר השותפים בבניין, וכעת תובעים תביעות הדדיות על נזק. בית הדין הורה שבטרם יתבררו תביעות הנזיקין עליהם לחדול מגזלת הרכוש המשותף. האם בהשגת גבול נאמרה תקנת השבים "תקנת מריש".

ח"מ סי' רסד סעיף ד' וסי' שסט סעיפים ח,יא.

סימן לח' עסקת תיווך בלא הסכם תיווך כחוק 887...
 על פי ההלכה מתווך זכאי לשכר גם בהעדר סיכום מוקדם וק"ו בהעדר רישום הסיכום. אך על פי החוק אין חובת תשלום בלא הסכם מפורט בכתב. האם מעת שהונהג החוק, גם לפי ההלכה אין חובת תשלום בלא הסכם מפורט כדרישת החוק. בירור שאלת דינא דמלכותא דינא בנידון זה. דינא דמלכותא בארץ ישראל. תשלום לפי טרחה.

ח"מ סי' רז פת"ש סק"ב, סי' שלט סעיף ו, יו"ד סי' רלו בט"ז ס"ק יג

סימן לט' ביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים שסוכם מראש 891...
 האם תאריך היעד לסיום המלאכה הוא תנאי לעסקה, וחריגה מהתאריך גוררת ביטול העסקה. הלנת שכר, מאימתי עובר על כל תלין.

ח"מ סי' רז

סימן מ' התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם 894...
 מקובל להוסיף בהסכמים סעיף פיצוי כספי בגין הפרת ההסכם. האם בכל מקרה ניתן לגבות את הקנס הקבוע בהסכם, או שיש מקרים שזו אסמכתא, מה הדרך להסיר את בעיית האסמכתא. האם הסעיף בתוקף מכח קנין סיטומתא. מחלוקת הר"ף והרא"ש, והאם יש לחייב עכ"פ חלק מהפיצוי.

ח"מ סי' רכד סעיף ב' וסי' רלב סעיף טז וסי' ד.

סימן מא' טענת הקונה על פגם בסחורה ותביעה להשבת צ'ק שנגבה שלא כדין 904...
 נגריה סיפקה סחורה ללקוח ולאחר ארבע שנים נמצאו תולעים בריהוט. האם הלקוח צריך להוכיח שהתולעים היו עוד מעת הרכישה או על המוכר חובת הראיה שמכר סחורה ללא תולעים. האם הקונה היה רשאי לפדות צ'ק ביטחון שנותר ברשותו, גרדי "עביד אייש דינא לנפשיה". המהנה את חבריו בסתמא, האם בחינם או בשכר.

ח"מ סי' רלב סעיף א וסי' ריח סעיף ז וסעיף טז.

907 סימן מב תביעה לביטול עסקה למכירת דירה בטענה ששטח הדירה קטן מכפי שהוסכם 907
קונה רכש דירה וסוכם בעל פה ובחווה על רכישת דירה ששטחה מסויים, ולאחר מכן התברר שהשטח האמיתי של הדירה הוא פחות. המוכר טוען שהדירה מוכרת היטב לקונה, שאף גר בה זמן ארוך, וקנה אותה כפי שהיא, והקונה טוען לביטול המקח או הפחתה מהמחיר. האם המוחזק יכול לטעון קים לי כשיטה אחת בראשונים. כשמקח מתבטל האם יחוייב הקונה בתשלום שכר דירה.

ח"מ סי' שלג.

914 סימן מג תביעה להחזר תשלומי שכר לימוד 914
תביעת תלמידה במוסד לימודי לביטול ההתקשרות והשבת סכומי הכסף ששילמה. טענה שחלק מתכנית הלימוד כרוכה באיסור. התוקף המשפטי להתקשרות הכרוכה במעשה אסור.

ח"מ סי' שלב וסי' שלג.

918 סימן מד תביעת מורה כנגד הנהלת בית הספר 918
מורה שעזבה מוסד לימודי אחד ועברה לשני והחלה לעבוד ללא סיכום תנאי העסקתה, האם בסתמא תקבל בהתאם לתנאים שקבלה במוסד הקודם. הדין כשפועל החל לעבוד ללא כל סיכום על גובה שכרו. מה מצדיק פיטורי מורה באמצע תקופה העסקה. מהו שיעור שכר כפועל בטל.

ח"מ סי' שלב

923 סימן מה תביעת עובד לתשלום שכר עבודה 923
התובע הועסק בהרצאת שיעורי תורה על ידי ארגון צבורי, ונציג הארגון שעמו נערכה ההתקשרות הטעה את התובע, וערך סיכום בניגוד להוראת המקובלות. האם הארגון מחוייב בסיכומים אלו. עד כמה פעולות הנציג מחייבות את הארגון למרות החריגות. "יד פועל כיד בעל הבית", גדרו. האם בקבוצת שותפים, מעשיו של אחד השותפים יחייב בכל מקרה של כלל השותפים. אחריות חברה לנזקי עובד מטעמה. חיוב של "לפנים משורת הדין" לארגון ציבורי.

ח"מ סי' שלב וסי' שלג וסי' רכז

933 סימן מו תביעות של עובד כנגד בעל הבית 933
התובע קבל עבודת תרגום מאמרים תורניים, ועבודתו הופסקה, האם דינו כפועל או כקבלן. האם יש לשלם לו עד תום השנה ופיצויי פיטורין. הגדרת פועל לעומת קבלן, וההבדלים ביניהם. טענת אונאה בשכר פועל.

ח"מ סי' שלג סעיף א ואו"ח סי' נג סעיף כה.

943 סימן מז סכסוך שבין מורה למנהל 943
פיטורי עובדת בעת היותה בהריון, וללא עילה מוצדקת. מנהג המדינה ומנהג הרשת המעסיקה, כשיקול בקביעת תנאי העסקה. פיטורי עובד או מורה בתוך הזמן שסוכם מראש. חובת המורה לציית להוראות המנהל, כתנאי יסודי להעסקתו.

ח"מ סי' שפ סעיף א.

945 סימן מח הסכם בין מוסד חינוכי לעובדיו שאינם זכאים לפיצויי פיטורין 945
ויתור העובד על זכויותיו, כשפסיקת בתי המשפט אינה מכירה בתוקף הויתור. מה הדין על פי ההלכה. הבחנה בין "דינא דמלכותא" ובין פסיקת בתי המשפט שאינה מעוגנת בחוק. מוסד חינוכי המקבל תשלום על מנת שיעבירם לעובדיו ואינו מעביר.

ח"מ סי' שעה.

947 סימן מט חלוקת משק בין בני זוג כשאחד מהם במעמד של "בן ממשיך" 947
חלוקת רכוש בין בני זוג שבנו את ביתם בנחלת ההורים והם במעמד של "בן ממשיך", כיצד להתייחס למעמד ההורים ולמעמד בני הזוג ברכוש זה בעת חלוקתו. דין יורד לשדה חבירו ברשות.

ח"מ סי' שעה.

סימן נ שוכר שצבע את הדירה שלא בידיעת המשכיר 953. שוכר שצבע את הדירה על דעת עצמו דינו כיוורד לשדה חבירו של מדעתו, האם בעל הבית חייב להעלות לו שכר, או יכול לטעון שהצביעה אינה נחוצה

ח"מ סי' שעו.

סימן נא תביעת בעל בית כנגד שכן שבנה שלא כדין 956... שכן שהרחיב דירתו ופלש לשטח ציבורי שבסמוך לביתו, אף שהנתבע לא פלש לשטחו של התובע הוא רשאי לנהל את התביעה כאחד מבני רשות הרבים. דינו של משיג גבול כגולן.

ח"מ סי' שעח.

סימן נב תשלומי נזק עקב התנגשות בין שתי מכוניות 957.. תאונת דרכים שהסתיימה בנזק בלבד, ושני הצדדים תובעים פיצוי. הנוסע במכונית או רוכב על סוס ומזיק דינו כאדם המזיק או כממון המזיק, האם יש חילוק בין מזיק בעת נסיעה למזיק בעת עצירה באמצע הכביש. על מי חובת הראיה לפשיעתו של חבירו. הנהג הפוגע יחשב כאנוס או כשוגג.

ח"מ סי' שסג וסי' קנד סעיף ב.

סימן נג האם הדר בבית חבירו בלא רשות חייב לשלם דמי שכירות 965... דירה משותפת של בני זוג גרושים, והאשה גרה בדירה ונישאה מחדש. בהסכם הגירושין נקבעה זכותה של האשה לגור בדירה כל עוד אינה נישאת מחדש. האם יש לחייב את הבעל השני בדמי שימוש, על תקופה שעברה, ומכאן ולהבא. האם זכותה של האשה לטעון שיש להסיר את התביעה כל עוד הבעל אינו משלם דמי מזונות עבור ילדיהם.

ח"מ סי' שפב

סימן נד על מי חובת ההוכחה כשהנתבע מכחיש גרימת נזק 970.. התובע טוען שהנתבע עקר מטע שלו ללא רשות, והנתבע טוען שקבל רשות במסגרת עסקה להחלפת שטחים חקלאיים, על מי מוטלת הראיה, על התובע המבקש להוציא ממון או על הנתבע שעקר את המטע.

סימן נה "זכויות יוצרים" לאדם שצולם בקלטת וידאו 973. האם ניתן לתבוע "זכויות יוצרים", לאחר שהושלמה העבודה ומלכתחילה לא בקש זכות זו. האם מי שהקליט רב נותן שיעור, חייב את זכויות היוצרים של הקלטת לאותו רב.

או"ח סי' קנב וקנג

סימן נו דין תורה בשאלת בעלות על בית הכנסת 974. תביעה לבעלות ואפוטרופסות על בית כנסת, הגדרות סוגי בתי הכנסת השונים - של כפרים, של כרכים, של טורסיים, של יחיד. חילוקי הדינים ביניהם. העיר צפת אם נידונת ככרך, היום ולפני מאה שנה. בית כנסת שחרב ונבנה מחדש. כללי מינוי אפוטרופוס לניהול בית הכנסת.

סימן נז מעמד בית העלמין 983 האם מותר לבנות מחיצה או מתקן ליד קבר אחד ואינו מצוי בשאר הקברים.

מפתח נושאים

ענייני אבן העזר

הלכות אישות

1. אה"ע סי' א/	היתר חדר"ג בבני הזוג הגרים בנפרד, הבעל בישראל והאשה בחו"ל. בעקבות יוזמה של האשה הוסדרו גירושין בערכאות. האשה מסרבת להיענות להזמנת בית הדין לדון בתביעת הבעל לגירושין. האם ניתן להתיר לבעל חרם דר"ג לשאת אשה שנייה עקב הגירושין בערכאות, הפירוד הממושך והסירוב להתייחס לתביעת הגירושין של הבעל	♦	חרם דרבינו גרשם
1. אה"ע סי' א/	לאחר גירושין בגט פסול, שרק לאחר הגירושין התברר פסולו	♦	
3. אה"ע סי' ב/	שלא לשאת אשה שנייה, האשה עקרה והסיכוי שתוכל ללדת מזערי. הבעל והאשה מסכימים ומבקשים שינתן לבעל היתר נישואין לשאת אשה שנייה. האם יש מקום להיזקק לבקשה זו. מה התנאים שבלעדיהם לא תידון בקשה להיתר נישואין	♦	
342. אה"ע סי' נח/	שאשתו לקתה במחלה נפשית ודיכאון, ניסתה להתאבד ולאבד את בתה. עקב התמשכות המחלה, הבעל מבקש להתיר לו לשאת אשה אחרת. גדר שוטה לעניין קבלת הגט והתיר נישואין	♦	היתר נישואין לבעל
1. אה"ע סי' א/	נאמנותם לעניין היתר חרם דר"ג	♦	ערכאות
81. אה"ע סי' י/	נאמנותם לעניין יוחסין	♦	
5. אה"ע סי' ג/	מעמד חזקת כהונה של "כהני הזמן הזה", האם ודאי כוהנים או ספק, האם חזקה זו מתייחסת למי שמעולם לא הוחזק בחזקה מעשית של כהן	♦	כהן
5. אה"ע סי' ג/	ראיה משם המשפחה על היותו כהן, במשפחה מעולם לא נהגו מנהגי כהונה ולא שמעו על היותם כוהנים. רק כשהופיע להירשם לנישואין, התעורר הספק שמא הוא כהן, בהסתמך על שם המשפחה, שהוא שם מובהק לכהנים	♦	
11. אה"ע סי' ד/	אדם שנולד לאשה שאינה נשואה, והאם טענה שגיסה הוא אבי הבן וכן טען הגיס, האם הבן כשר לבא בקהל	♦	ממזרות
13. אה"ע סי' ד/	נאמנות האם לפסול את הבן	♦	
18. אה"ע סי' ד/	מה המשקל שיש לכך שהבן הוחזק כבנו של הגיס. האם קיימת ריעותא אם האמין שהוא בן הגיס, והאם יכול לחזור בו ממה שהאמין	♦	
11. אה"ע סי' ד/	זהות האב אינה ידועה, אך אין עדות מועילה לפוסלו, האם ישאר כשתוקי. האם "תרי רובא" הוא יסוד להיתר ביוחסין	♦	
94. אה"ע סי' ו/40, סי' יא/94	היתר ספק ספקא עפ"י שיטת מהרי"ו	♦	
41. אה"ע סי' ו/41	מתי מצרפים ספק שהאב נכרי	♦	
94. אה"ע סי' יא/89, סי' יא/94	הטעם שמצרפים ספק מנכרי גם במקום שרובם ישראל	♦	
58. אה"ע סי' ז/58	מקובל בארץ, וכן בקהילות אחרות, לרשום בפנקס מיוחד את פסולי החיתון, לזיכרון שלא יינשאו עמם. מהו המקור למנהג זה, והאם כשמתעורר ספק בכשרות לבוא בקהל נכון שלא להיכנס לבירור	♦	
89. אה"ע סי' ט/74, אה"ע סי' י/89	היתר על יסוד ספק ספיקא	♦	
51. אה"ע סי' ו/51	האם ואדם אחר טוענים שהוא בנם, האם נאמנים	♦	
50. אה"ע סי' ו/50	עדות כשעושה עצמו רשע	♦	
90. אה"ע סי' י/90	קביעת ממזרות על פי אומדנא המסתברת	♦	
98. אה"ע סי' יג/98	נאמנות כשהכרה אינה ברורה	♦	"יכיר"
89. אה"ע סי' י/89	נאמנות לשלול אבהות, אך אינו נאמן לייחס הבן לפלוני	♦	
86. אה"ע סי' י/86	הנוגע בעדות, האם נאמן	♦	
78. אה"ע סי' י/78	הכיר בו כבנו וחוזר בו ושולל אבהות, האם נאמן	♦	
98.100. אה"ע סי' יג/98	הוחזק כבנו, ללא אמירה מפורשת, וחוזר בו ושולל אבהות, האם נאמן	♦	
78. אה"ע סי' ט/75, אה"ע סי' י/78	האם הכרה זו היא בגדרי עדות	♦	
75. אה"ע סי' ט/75	מה התנאים לקבלת עדות זו	♦	

אה"ע ס"י ה/22.	הנאמר מחוץ לבית הדין או בפני בית דין שיש בו רק שני דיינים, או בכתב	◆	"יכיר"
אה"ע ס"י ה/15.	נאמנות אדם שאינו בעלה של האם לטעון שהוא אבי הבן ולפוסלו	◆	
אה"ע ס"י ו/29.	בעלה של האם המעיד שהבן אינו בנו	◆	
אה"ע ס"י ט/74. ס"י ו/51,49.	צירוף שיטות הראשונים שאינו נאמן אלא בדרך הכרת בכורה	◆	
אה"ע ס"י ט/75.	עדות "יכיר" שנאמרה בעבר, וכעת ספק אם הבעל נחקר כראוי על עדותו	◆	
אה"ע ס"י י/82.	ביטול העדות על יסוד "עדות שבטלה מקצתה, בטלה כולה"	◆	
אה"ע ס"י יג/100.	כשהבעל מעיד ומסתמך על מידע ששמע מאדם אחר	◆	
אה"ע ס"י ט/77, י/82.	כשהבעל מוחזק כשקרן וכפרן	◆	
אה"ע ס"י י/81.	כשהבעל אדם קל דעת החוזר בו מדבריו מספר פעמים	◆	
אה"ע ס"י ח/60.	להתיר את בנה או בתה לבוא בקהל	◆	נאמנות האם
אה"ע ס"י ח/60.	נאמנות להתיר כשללא דבריה הבן ודאי ממזר, וטעם נאמנותה	◆	
אה"ע ס"י ח/72.	אם נאמנת לחזור ממה שהחזיקה כבנו של פלוני	◆	
אה"ע ס"י יג/97.	בעל הדורש לערוך בדיקת רקמות לילדיו, האם נזקקין לו	◆	בדיקת רקמות
אה"ע ס"י יג/99.	הנטען לאבהות הדורש לערוך בדיקת רקמות, האם נזקקין לו	◆	
אה"ע ס"י וי/30.	באילו תנאים מכשירים ותולים שהולד השתהה עד י"ב חדש	◆	אישתהי י"ב חודש
אה"ע ס"י ו/33. ס"י י/88.	מתי מכשירים הבן מפני שתולין שבא בצנעא	◆	זוג הגר בנפרד
אה"ע ס"י ו/35.	נולד לשעה, האם תולין שילדה למקוטעין	◆	"יולדת למקוטעין"
אה"ע ס"י ו/39.	האם בכוחה להוכיח על הריון על פי ההלכה	◆	"בדיקת הריון"
אה"ע יב/96.	נמצא תינוק בעיר שרובה ישראל, ויש ראיות שננטש בצורה המוכיחה כוונה לשמרו בחיים וכדי שישאר בחיים. האם צריך גיור מספק, והאם לאחר גיור יוכשר לבא בקהל	◆	אסופי
אה"ע ס"י ח/70.	האם יאמר גם בנישואי איסור ובערכאות	◆	"רוב בעילות אחר הבעל"
אה"ע ס"י י/90.	מעמדם וכשרותם לנישואין עם בן או בת ישראל	◆	קראים
אה"ע ס"י טו/108.	יוצאים ממקום אפל גדרו	◆	"דבר מכוער"
אה"ע ס"י יד/105.	האם הפסידה כתובה גם ללא התראה מוקדמת	◆	
אה"ע ס"י טו/109.	חיובה בגט, וההבחנה בינו לייחוד, שאין אוסרים עליו	◆	
אה"ע ס"י טו/110.	הודאת האשה בו, האם אוסרתה על בעלה, ועל הנטען	◆	
אה"ע ס"י טו/109.	האם בכלל זה לינת לילה בבית גבר זר	◆	"אין אוסרין על הייחוד"
אה"ע ס"י טז/112.	היתרה להינשא, כשפסקה להניק שלשה חודשים קודם למועד הגירושין, ויש לה תינוק קטן שלא מלאו לו כ"ד חדש, האם דינה כמינקת המחויבת בהמתנת כ"ד חדש	◆	מינקת
אה"ע ס"י טז/112, כ/125.	האם נאמנת בטענה המתירה נישואין תוך כ"ד חדש	◆	
אה"ע ס"י יז/113.	שהתעברה בהיותה גרושה, ומבקשת לשוב לבעלה הקודם לגדל עמו את ילדיהם. בירור שיטת ר"ש הזקן שבגרושה לא גזרו, אם יש חילוק בין מכירה או אינה מכירה, האם יש ראשונים שדעתם כדעת ר"ש הזקן, מהי הכרעת ההלכה. בירור שיטת מהר"ם מינץ בפנייה שזינתה והכרעת הרמ"א	◆	מינקת חבירו
אה"ע ס"י יח/121.	צירוף שיטת הפני יהושע להתיר כעבור ט"ו חדש	◆	
אה"ע ס"י יט/122, ס"י כ/124.		◆	ספק מינקת חבירו
אה"ע ס"י כא/128.	הבעל שהה בספינה שטבעה, אך לא ראו את טביעת הבעל עצמו	◆	היתר עגונה
אה"ע ס"י כא/128.	באילו תנאים יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא	◆	
אה"ע ס"י כא/130,137.	שיטת רבי אליעזר מווארדון באבד זכרו ויש אומדנות מוכחות שמת, ודעת ראשונים אחרים בהלכה זו	◆	

הלכות קידושין

אה"ע ס"י כג/161.	עדי הקידושין שלא ראו רגע נתינת הטבעת	◆	קידושין
אה"ע ס"י כג/162, ס"י כד/164.	בעדים פסולים, לקיימם עפ"י "אנן סהדי", שיטת החת"ס	◆	
אה"ע ס"י כד/166.	בעדים פסולים, שלא להתירה בלא גט שמא עשו תשובה	◆	
אה"ע ס"י כד/168.	בעדים פסולים, שלא להתירה בלא גט כשנשאה אחר הקידושין	◆	
אה"ע ס"י כד/165.	האם יפסל גם בהעדר ידיעה שיפסל לעדות מפני העבירה	◆	
אה"ע ס"י כה/174.	נמצא אחד העדים קרוב או פסול, והאם ה"ה כשהפסול היא אשה	◆	
אה"ע ס"י כו/176.	שנערכו על ידי מי שאינו מוסמך לסידור חו"ק	◆	
אה"ע ס"י כה/169.	כשהמקדש שיכור, והגדרת שיכור	◆	

אה"ע ס"י כה/173.	בטבעת שאולה	◆	קידושין
אה"ע ס"י כה/173.	קידושי שחוק בטבעת שאולה	◆	
אה"ע ס"י פח.	האם עדים שראו מעשה קידושין, אך לפי דעתם הקידושין אינן מועילים, וטעו, או ראו רק חלק מהמרכיבים של תפיסת הקידושין, האם יחשבו כעידי קידושין	◆	עידי קידושין
אה"ע ס"י כד/165.	האם יפסל גם בהעדר עדות בבי"ד על פסולו, שיטת התומים	◆	קידושין עד פסול
אה"ע ס"י כב/147.	באילו מקרים נאמרה הפקעה זו, ושליטת הטענה שעקרונית בית דין של שלשה, רשאי להפקיע קידושין בנסיבות נחוצות לפי שיקול דעתו	◆	"אפקעינהו רבנן לקידושין"
אה"ע ס"י כב/152.	שליטת ההצעה שניתן לתקן תקנת קהל להפקיע כסף קידושין במקרי סרבנות גט וכיוצ"ב	◆	
אה"ע ס"י כב/155.	"הפקר בית דין הפקר", אינו יכול לחול למפרע בהפקרת כסף קידושין שניתן לפני זמן	◆	
אה"ע ס"י כג/158.	להתיר לאשה להינשא	◆	קבלת עדות שלא בפני בעל דין
אה"ע ס"י עה/455.	שבו חובת תשלום חודשי המוטלת על המסרב להיענות לתביעת הגירושין, האם יהיה ניתן להסדיר גט, אם ההסכמה להתגרש הושגה בעקבות ההסכם	◆	הסכם קדם נישואין
אה"ע ס"י עה/476.	הצעה להסכם קדם נישואין שבו התשלום החודשי יוטל בכפוף לפסק דין לחיוב הגירושין, והוצאתו לפועל תבצע במסגרת בית הדין בלבד	◆	
הלכות כתובות			
אה"ע ס"י לא/203.	כשהבעל חסר-כל, האם עדיין חובת המזונות נשארה בעינה	◆	מזונות אשה
אה"ע ס"י לא/205.	כשהבעל חסר-כל, האם חייב לקחת הלוואה כדי לפרנס את אשתו	◆	
אה"ע ס"י יד/103.	חיובם כשהבעל רוצה לתת גט והאשה מונעת את הגירושין	◆	
אה"ע ס"י כח/181.	מחילת חוב המזונות, והאם תוכל לחזור בה ממחילת החוב	◆	
אה"ע ס"י כח/187.	מחילת חוב המזונות כשאינה מפורשת אלא במשתמע	◆	
אה"ע ס"י כח/189.	מחילת חוב המזונות שהתעורר בה ספק	◆	
אה"ע ס"י כח/190.	מחילת חוב המזונות שניתנה עם התחייבויות הבעל שלא קויימו	◆	
אה"ע ס"י כט/192.	אין פוסקים אלא ממועד הגשת התביעה, הטעם בהלכה זו	◆	
אה"ע ס"י כט/193.	בעל שלא שלם דמי מזונות במשך תקופה ממושכת, האם בטרם גבייתם יש לברר מה היו מקורות המחיה של האשה, והאם בנסיבות מסויימות יפטר למפרע	◆	
אה"ע ס"י לד/222.	חובת הבעל בהם מהתורה או מתקנת חכמים	◆	
אה"ע ס"י לד/222.	חיובן כשהאשה מורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה"	◆	
אה"ע ס"י לד/225.	חיובן כשהאשה אומרת "מאיס עלי"	◆	
אה"ע ס"י לד/227.	חיובן כשהאשה עזבה את הבית שלא כדין	◆	
אה"ע ס"י לד/229.	האם הפסד מזונות נובע ממעמדה כמורדת, או מהפירוד ביניהם	◆	
אה"ע ס"י לד/235.	כשהמניעה לחיים משותפים היא מהבעל, והאשה תובעת גירושין	◆	
אה"ע ס"י לה/239.	הבעל עזב את אשתו, אם יפטר בטענה שאשתו אינה רוצה בו	◆	
אה"ע ס"י לה/240.	הבעל תובע גירושין והאשה מסרבת, אם זו עילה לפוטרו ממזונות	◆	
אה"ע ס"י לה/241.	הבעל טוען "מאוסה עלי", אם זו עילה לפוטרו ממזונות	◆	
אה"ע ס"י לב/206.	"מדור ספציפי", האם הבעל מחוייב במדור שהורגלה בו	◆	
אה"ע ס"י לב/216.	"מדור ספציפי", זכותה של האשה כשותף, למנוע פירוק שיתוף	◆	
אה"ע ס"י פג/551.	האם לקזז מדמי המזונות את גמלת ביטוח לאומי שהאשה מקבלת	◆	
אה"ע ס"י פג/552.	האם לקזז מדמי המזונות את גמלת ביטוח לאומי של האלמנה	◆	מזונות האלמנה
אה"ע ס"י לב/212.	תוקפו למנוע פירוק שיתוף בין בני הזוג	◆	"שטר התנאים"
אה"ע ס"י מ/271.	הגדרתן, והבסיס בהלכה לחובת מזונות אלו	◆	מזונות "מעוכבת מחמתו"
אה"ע ס"י מ/273.	האם ינוכו מעשי ידיה מדמי המזונות	◆	
אה"ע ס"י לט/269.	זכות הבעל לקבל חלק בזכויות ממון שנצברו לאשה מעבודתה	◆	מעשי ידיה
אה"ע ס"י מג/285.	זכות הבעל בסכומים שהצטברו בחשבון הבנק של האשה	◆	
אה"ע ס"י מג/286.	אשה שזכתה בהגרלה, מעמד הכסף, כמעשי ידיה או מתנה	◆	מפעל הפיס

239/ לה/ אה"ע ס"י	האם ניתן להגדיר אשה כ"מורדת" לאחר שהבעל עזב אותה	◆	מורדת
256/ לז/ אה"ע ס"י	האם "מאיס עלי" בדוקא, או ה"ה בכל טענה שמשמעה שאינה רוצה בו	◆	
261/ לז/ אה"ע ס"י	כיצד מכריזים על מורדת "בעינא ליה ומצערנא ליה", בתנאי החיים בימינו	◆	
267/ לט/ אה"ע ס"י	מתי יש מקום להפסד מתנות במורדת, גדר הלכה זו	◆	
266/ לט/ אה"ע ס"י	מתי יש מקום להכרות אשה המורדת שאינה תובעת להתגרש	◆	
320/ נ/ אה"ע ס"י	"מאיס עלי", המקור שנאמנת להפקיע עצמה משעבודה לבעלה	◆	
320/ נ/ אה"ע ס"י	"מאיס עלי", אינה משועבדת לבעלה ואינו יכול לעכב יציאתה לחו"ל	◆	
518-523/ פ/ אה"ע ס"י	התובעת להתגרש, האם הבעל יחוייב בגירושין, האם בית הדין ידריך את הבעל שנכון להסכים גירושין, בלא לנקוט אמצעי כפייה בגופו או במילי	◆	
546/ פב/ אה"ע ס"י	האומרת "מאיס עלי" האם גם בהעדר חיוב הבעל בגט, ניתן לקרותו עבריין, או יחשב ככפייה במילי, ולא הותר אלא להתרחק ממנו, שהיא דרגה נמוכה יותר מכפייה במילי	◆	
261/ לח/ אה"ע ס"י	מרד ומבקש לחזור בו, האם די באמירה בעלמא או עליו להוכיח עצמו	◆	מורד
294/ מה/ אה"ע ס"י	האם זוכה בפירות נכסי מלוג	◆	
296/ מה/ אה"ע ס"י	האם יורש את אשתו	◆	
298/ מה/ אה"ע ס"י	האם נשאר עם זכותו בנכסי צאן ברזל ונדוניא, או האשה רשאית לקבלם עוד קודם גירושין	◆	
673/ צג/ אה"ע ס"י	גדרי מורד, לזמן, ולאונסו, ומרידה שנכפתה עליו עקב מעשים פליליים	◆	
682/ צג/ אה"ע ס"י	משרה אשתו ע"י שלישי בעל כורחה, אם יחשב כמורד	◆	
261/ לח/ אה"ע ס"י	בגד ומבקש לחזור בו, האם די באמירה בעלמא או עליו להוכיח עצמו	◆	בוגד
279/ מב/ אה"ע ס"י	"טובת הילד", כשיקול מכריע בקביעת משמורת והסדר ביקורים	◆	משמורת ילדים
280/ מב/ אה"ע ס"י	האם מלבד שיקול "טובת הילד", מתחשבים בזכויות ההורים בילד	◆	
195/ אה"ע ס"י	קיומו כתנאי לחובת האב במזונותיו	◆	ביקור הילד אצל אביו
218/ לג/ אה"ע ס"י	היתר היציאה מהארץ לחו"ל לביקור זה	◆	
194/ ל/ אה"ע ס"י	גדרי חובת האב במזונותיהם	◆	מזונות הילדים
194/ ל/ אה"ע ס"י	חובת האב במזונות בן המתנכר	◆	
199/ ל/ אה"ע ס"י	חובת האב במזונות בן המתנכר, לאחר שהתחייב בהסכם גירושין	◆	
203/ לא/ אה"ע ס"י	כשהאב חסר-כל, האם עדיין חובת המזונות נשארה בעינה	◆	
205/ לא/ אה"ע ס"י	כשהאב חסר-כל, אם חייב לקחת הלוואה למימון המזונות	◆	
205/ לא/ אה"ע ס"י	הגדרתו כגוף העוסק בהוצל"פ ולא במתן הלוואות	◆	המוסד לביטוח לאומי
376/ ס/ אה"ע ס"י	לאחר החתונה בני הזוג גרו בבית הורי הבעל, והאשה מבקשת לעבור למקום מגורים חילופי, האם הבקשה מתקבלת, והאם זכאית למזונות בעודה מחוץ לבית כשמסכימה לחזור למגורים במקום אחר	◆	מקום מגורי הזוג
868/ לג/ חו"מ ס"י	הבעל או האשה מתגוררים בדירה המשותפת, ובן הזוג השני מחוץ לדירה, האם יחוייבו בדמי שימוש בדירה, בנסיבות סכסוך קודם גירושין, או לאחר גירושין	◆	דמי שימוש ראויים
177/ כז/ אה"ע ס"י	האם זו עילה לפוטרו מכתובה ומזונות ויהיה רשאי לחייבה בגט. והאם יש מקום לטענה זו לאחר ששהה ושתק	◆	כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה
291/ מד/ אה"ע ס"י	המגרש נרכש בכסף שהתקבל מהבעל, ונרשם על שם שני בני הזוג, על המגרש נבנה בית במימון הבעל, כיצד יחולק הרכוש בעת הגירושין	◆	חלוקת רכוש
302/ מח/ אה"ע ס"י	זוג ניהל יחד חנות, אומדנא דמוכח לשיתוף בזכויות והחובות	◆	
854/ לב/ חו"מ ס"י	בני זוג לאחר גירושין שכל אחד מבקש לרכוש את הדירה המשותפת, דרך ההכרעה, סברת "טילטולא דגברא קשים מדאיתתא", מהו מקומה	◆	
858/ לב/ חו"מ ס"י	כנ"ל, האם להורות לצדדים להתמכר ביניהם, ויזכה המרבה במחיר	◆	
215/ לב/ אה"ע ס"י	גוד או איגוד, כדרך לפירוק שיתוף בנכס	◆	
947/ מט/ חו"מ ס"י	"בן ממשיך", חלוקת רכוש בין בני זוג שבנו את ביתם במשק חקלאי בנחלת ההורים במעמד "בן ממשיך", מהו חלק ההורים וחלק בני הזוג ברכוש בעת חלוקתו	◆	
304/ מח/ אה"ע ס"י	הקובע חלוקה שוה של הנכסים, האם עפ"י ההלכה ניתן לפסוק כך	◆	"חוק יחסי ממון"
307/ מח/ אה"ע ס"י	הקובע חלוקה שוה של הנכסים, האם לאחר קניין ניתן לפסוק חלוקה שוה, או יחשב כמייקר ערכאות	◆	
265/ לט/ אה"ע ס"י	רישום הנכס בטאבו על שם שני בני הזוג כראיה לשותפות בנכס	◆	טאבו

האם רישום הנכס ב"מנהל מקרקעי ישראל" בשותפות דינו כרישום בטאבו	אה"ע סי' מד/291, סי' מח/308.	◆	טאבו
הבעל פרע את חוב המשכנתא, אם יקבל החזר	אה"ע סי' מד/293, חו"מ סי' לב/861.	◆	משכנתא
זכות האשה לעכב את הגירושין עד לתשלום הכתובה במלואה	אה"ע סי' נה/330.	◆	כתובה
מחלה על הכתובה בהסכם הגירושין, וחזרה בה	אה"ע סי' ס/379.	◆	
מחילה על כתובה כשנכתב בכתובה שלא יהיה תוקף למחילה	אה"ע סי' כח/186.	◆	
האם האשה תוכל לגבות כתובה, כשתובעת בביהמ"ש זכויות ממון המעוגנות בחוק בלבד	אה"ע סי' מז/299.	◆	
הצמדה, האם בעת תשלום הכתובה יש לחשב הצמדה, או על הבעל לשלם את הסכום הנקוב בכתובה בלבד. סברת "קולי כתובה שנו כאן" כשיקול שלא להצמיד	חו"מ סי' יט/782.	◆	
החיוב אם האשה רוצה להתגרש ואינה רוצה בו	אה"ע סי' לו/243.	◆	כתובה ותוספת כתובה
החיוב לאחר תביעת גירושין שהוגשה מטעם האשה	אה"ע סי' לו/243.	◆	
החיוב לאחר תביעת גירושין של הבעל עקב מריבות	אה"ע סי' לו/246.	◆	
החיוב לאחר תביעת גירושין של הבעל עקב מרידתה	אה"ע סי' לו/247.	◆	
החיוב כשהאשה מרדה, ולכן הבעל אינו רוצה בה	אה"ע סי' לו/250.	◆	
החיוב כשהבעל מרד, ולכן האשה אינה רוצה בו	אה"ע סי' לו/251.	◆	
החיוב כשהבעל נהג באלימות, ולכן האשה אינה רוצה בו	אה"ע סי' לו/251.	◆	
האם בהעדר חיוב כתובה, יש לפסוק פיצויים כתשלום חילופי	אה"ע סי' מז/301.	◆	פיצויים
מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, בירור ההלכה וטעמה	אה"ע סי' מד/291.	◆	המוציא הוצאות על נכסי אשתו
האם יאמר "מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל", ביחס לתקופת פירוד לקראת גירושין – אה"ע סי' מד/294.		◆	
בעל המורד באשתו, זכותו בפירות נכסי מלוג	אה"ע סי' מה/294.	◆	פירות נכסי מלוג
האם הבעל זוכה בהם כשאינן מנוצלים ל"רווח ביתא"	אה"ע סי' מה/295.	◆	
בעל שנתן עיניו לגרשה, זכותו בפירות נ"מ	אה"ע סי' מה/295.	◆	
האם רשאית למוכרן לכתחילה שלא בידיעתו	אה"ע סי' מה/298.	◆	"נכסים שאינם ידועים" לבעל
הפסד הכתובה כקנס על העבירה, או מפני קלקול חיי המשפחה – אה"ע סי' מט/309.		◆	עוברת על דת
באילו מקרים, והטעם לחיוב הגירושין ושלילת הכתובה	אה"ע סי' מט/309.	◆	
בעבירות שגם הבעל אינו מקפיד בהם	אה"ע סי' מט/309.	◆	
אשה המכה את בעלה, דינה כעוברת על דת	אה"ע סי' מט/313.	◆	
האם חייבת בגירושין גם בהעדר התראה	אה"ע סי' מט/314.	◆	
חיובה בגט ללא התראה מוקדמת	אה"ע סי' יד/102.	◆	
חיוב הבעל במזונותיה עד לגירושין	אה"ע סי' יד/102.	◆	
האם נאמנת, הדין כשהבעל מאמין, האם חייב לגרשה רק בנאמנת עליו כבי תרי	אה"ע סי' נ/318.	◆	"טמאה אני לך"
אמרה כן בפני ביי"ד, האם נאמנת לחזור בה	אה"ע סי' נ/321.	◆	
האם נאמנת, כשהיא מורדת "מאיס עלי"	אה"ע סי' נ/319.	◆	
האם הבעל יחוייב הגירושין	אה"ע סי' נ/321.	◆	

הלכות גיטין

לאחר שקבל תוקף של פסק דין, מעמדו, והנאמנות בטענת פרעתי	חו"מ סי' כב/799.	◆	הסכם גירושין
או הסכם ממון בין בני זוג, בעקבות מנהג המדינה, גם על פי ההלכה ההסכם יקבל תוקף רק לאחר אישורו כחוק	חו"מ סי' יח/799.	◆	
מעמד הסכם הגירושין שאושר וקבל תוקף, בטרם הגירושין	אה"ע סי' ס/378.	◆	
שבו התחייבות בלא תנאי, האם יקבע התנאי עפ"י אומדנא	אה"ע סי' ל/199.	◆	
על פי ההלכה קודם לגירושין יקבע נושא הכתובה	אה"ע סי' לו/243, סי' פו/577.	◆	
אם על פי ההלכה נכון שקודם לגירושין יוסדר הסכם מפורט	אה"ע סי' פו/577.	◆	
הוכחה לאישור ההסכם הוא כשהסכם חתום בחותם בית הדין, לרבות אישור מזכיר בית הדין המאשר שהעתק מתאים למקור. כיצד להתייחס למצב שבעותק אחד הנספח להסכם חתום, ובעותק שבתיק ביה"ד חסר נספח	חו"מ סי' יח/799.	◆	

ח"מ ס"י כד/809.	הסכמות שלא נערכו בכתב אלא הוסכמו בעל פה בפני בית הדין שהתבקש לאשרן לתת להם תוקף מחייב, תוקפן ההלכתי	◆	הסכם גירושין
אה"ע ס"י כח/180.	משמעות הסעיף שאין תביעות הדדיות, ואם יחשב כמחילת חוב	◆	
אה"ע ס"י פו/577.	שאינו מקויים לאחר הגירושין, האם יש חשש גט מוטעה אם לאחר הגירושין האשה אינה מקיימת את ההסכם שהוסדר טרם הגירושין	◆	
אה"ע ס"י פו/608.	האם הטעיית הבעל ביחס לטיבו של ההסכם תעורר ספק בגט	◆	
אה"ע ס"י פו/592.	החובה לאחר הגירושין לקיים את ההתחייבויות שבהסכם, וביה"ד ינקטו באמצעים מתאימים להבטחת קיום הסכם	◆	
אה"ע ס"י צו/692.	חזרה מהתחייבות שבהסכם גירושין, בנסיבות שהבעל מחוייב בגירושין ובהסכם הגירושין האשה התחייבה לטובת הבעל או ויתרה על זכויותיה, האם תוכל לחזור בה לאחר הגירושין ולטעון "משטה אני בד", או שההסכם נעשה תחת לחץ. האם גם בהתחייבות שנעשתה בפני ב"ד ניתן להתנער מההתחייבות, העדיפות לבית דין רשמי שנתן להסכם תוקף של פסק דין	◆	
אה"ע ס"י מב/281.	חזרה מהסעיף הקובע משמורת ילדים או הסדר ביקורים	◆	
אה"ע ס"י סא/385.	האם במקרים חריגים ניתן לאשר שלאחר הגירושין הגרוש והגרשה יגורו בדירות נפרדות ולהן כניסות נפרדות, אם הדירות בחצר אחת שאינה מגודרת. האם "חצר" לעניין איסור מגורים לאחר הגירושין, משמעה מקום מוקף מחיצות, הראוי ליחוד	◆	מקום מגורי הזוג לאחר הגירושין
		◆	
אה"ע ס"י פו/589.	בעל שאמר את הנוסח שבסדר הגט אך לא הבין מה שאמר	◆	סדר הגט
אה"ע ס"י פו/590.	בעל שאינו יכול לומר את הנוסח שבסדר הגט, והרב מסדר הגט אמר והבעל אישר בעניית הן	◆	
אה"ע ס"י סב/386.	הלכותיו, "מחוסר קציצה" בין כתיבה לנתינה, לאחר שנכתב ונחתם נוקבו בגט שני חורים עקב טעות של עובד ביה"ד, בירור ההלכה של מחוסר קציצה בין כתיבה לנתינה	◆	גט
ס"י סג/387.	נוסחו, הטעם בכתיבת "מיומא דנן ולעלם", בגט. האם השמטת תיבת "דנן" בגט פוסלתו ומחייבת סידור גט מחדש, אה"ע	◆	
אה"ע ס"י סד/388.	נוסחו בעיר צפת. בנוסח הגט הנכתב בצפת מקובל מקדמת דנא לכתוב "מתא צפת דעל נהר דולבאי יתבא וממימי מעינות מסתפקא". מבאר באריכות שכתובה זו היא נכונה וראויה לכתחילה, ושאיין יסוד לעורר ספקות אם לשנות את שם הנהר, או בציון המעינות	◆	
אה"ע ס"י סה/395.	נוסחו, שינוי שם העיר בגט, האם פוסל את הגט	◆	
אה"ע ס"י סה/395.	נוסחו, שם העיר בגט נכתב בסגנון המקובל בקהילות אשכנז, ושמות הזוג בסגנון המקובל בקהילות ספרד, האם יש בזה תרתי דסתרי המעורר ספקות בכשרות הגט	◆	
אה"ע ס"י סז/406.	נוסחו, גט שהושמטה ממנו אות אחת, ובמקום "דמתקרי" נכתב "דמקרי", האם הגט כשר. האם יש לחוש לשינוי מהותי במשמעות הכתוב	◆	
אה"ע ס"י פד/558.	שנמסר לאשה בתוך מעטפה תוך כדי הטעייתה	◆	
אה"ע ס"י פד/566.	המנוסח בנוסח מקוצר	◆	
אה"ע ס"י סח/408.	ביאור ההלכה שאין צריך לכתוב שם קיצור בגט	◆	גט - שמות גיטין
אה"ע ס"י סח/408.	הקדים את שם הקיצור לשם העיקרי, האם הגט נפסל	◆	
אה"ע ס"י סט/413.	עפ"י הוראת ה"י אין כותבים בגט דמתקרי על שם שאינו נקרא בו אלא רק חותם בו. אבל אם אותו שם נכתב בתעודות הרשמיות, יתכן לכתוב עליו דמתקרי	◆	
אה"ע ס"י ע/414.	בכתיבת שמות עבריים, יש לכותבם עפ"י כללי כתיבתן בדקדוק, האם להכשיר כשהשמות נכתבו בחריגה מהכללים, כגון בתוספת האות י בשמות מירב ואיילת	◆	
אה"ע ס"י ע/414, 418-420.	אין להתחשב בחתימה, שהיא בניגוד לצורה המדויקת שהשם מופיע בתנ"ך, גם כשבתנ"ך אינו מופיע כשם אדם, וזו חתימה בטעות	◆	
אה"ע ס"י ע/416.	כתבו בגט מיימון במקום מימון	◆	
אה"ע ס"י עא/421.	נקרא בפי כל בכינוי שם עברי, ואף אחד אינו יודע את מקור השם, האם צריך לכתוב את שמו המקורי	◆	
אה"ע ס"י סו/399.	הטעם שבגט כותבים רק שמות פרטיים ואין כותבים שם משפחה. האם כשאדם נקרא רק בשם משפחה, יש לכתוב את שם המשפחה. כשנקרא בקיצור משם המשפחה, ורק הוא נקרא בקיצור זה יש לכותבו	◆	
אה"ע ס"י פד/558.	על ידי מי שאינו בקי בטיב גיטין	◆	סידור גט
אה"ע ס"י פא/536.	מה מבטל את הגט, הלחץ שהבעל נלחץ, וכל מקרה יבחן לגופו, או שאין חשש בכשרות הגט כל עוד לא ננקטו ביחס לבעל אמצעים המוגדרים בהלכה כ"עישוי"	◆	גט מעושה
אה"ע ס"י פג/549, ס"י פ/529.	האם מניעת הטבה תחשב ככפיה	◆	

491/עז/אה"ע ס"י	הדין כשהופעלה כפיה לגרש, אך גם לולי הכפיה הבעל רוצה לתת גט, האם יחשב כגט מעושה	♦	גט מעושה
480/עו/אה"ע ס"י	האם בטל מהתורה	♦	
480/עו/אה"ע ס"י	האם הגט יפסל כשכפו את הבעל באמצעות נטילת ממונו שלא כדין	♦	
456/עה/אה"ע ס"י	האם יפסל עקב קנס שהבעל קנס עצמו אם לא יתן גט	♦	
457/כה/אה"ע ס"י	כשהבעל קנס עצמו אם לא יתן גט, אם נפסל מהתורה	♦	
469/כה/אה"ע ס"י	כשהבעל נשבע לתת גט, ונתן גט אם יחשב כגט מעושה	♦	
472/כה/אה"ע ס"י	כשהבעל נתן עירבון להבטיח את הגירושין	♦	
455/עה/אה"ע ס"י	האם ניתן לסדר גט אם ההסכמה להתגרש הושגה בעקבות הסכם קדם נישואין, שבו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום. האם קנס שהוטל על מנת להביא להסכמה לגירושין יחשב ככפיה לגירושין. האם קנס המיוסד על התחייבות ברת תוקף יחשב ככפיה לגירושין	♦	
479/עו/אה"ע ס"י	האשה תבעה להתגרש ובית הדין פסק חיוב גט אך לא כפיית גט, ובית המשפט הטיל על הבעל חובת תשלומי "נזיקין" עקב סירובו לתת גט. הגדרת תשלומים אלו ככפיית הבעל לגירושין. הבהרת ההבחנה בין חיוב גט לכפיית גט. ביטול ההליך המשפטי שיאפשר לבית הדין לזמנם לסידור גט	♦	
539/פא/אה"ע ס"י	האם עיכוב יציאה מהעיר יחשב כהרחקות דר"ת או ככפיה בגופו	♦	
511/עח/אה"ע ס"י	האם לאחר שניתן גט שיש בו ספקות, ניתן לאכוף עליו שיתן גט שאין בו ספק	♦	
517/עט/אה"ע ס"י			
428/עג/אה"ע ס"י	ערעור על כשרותו. לאחר הגירושין הבעל טוען טענות שאם הן נכונות, יהיה בהן להטיל חשש בכשרות הגט, האם הבעל נאמן בטענות אלו	♦	גט
277/מא/אה"ע ס"י	תביעה שלום בית המוגשת ע"י אשה שבעלה עזב אותה וגר עם אחרת, האם עליה חובת הראיה לרצונה בשלום בית	♦	שלום בית
277/מא/אה"ע ס"י	בעל שעזב את אשתו, גר עם אשה אחרת ותובע גירושין, האם תתקבל טענתו שאשתו אינה רוצה בו	♦	תביעת גירושין
322/נא/אה"ע ס"י	מהימנותה לפסוק חיוב גירושין על בסיס תוצאות הבדיקה	♦	בדיקת פוליגראף
322/נא/אה"ע ס"י	ההוכחה מעצם ההתחמקות מהבדיקה שהוסכם עליה בביה"ד	♦	
517/פ/אה"ע ס"י	ביאור שיטת ר"ת שקבע הרחקות ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי" והוא מסרב לתת גט. האם שיטת ר"ת מוסכמת על שאר הראשונים, והאם נפסקה להלכה. כיצד ניתן לבאר את שיטת ר"ת גם כשאין חיוב גירושין	♦	הרחקות דרבינו תם
546/פב/אה"ע ס"י	האם יש להמנע מלומר לבעל שמתרחקים ממנו עד שיתן גט. האם קיים תנאי שיוכל ללכת למקום אחר ולהינצל מההרחקות	♦	
548/פג/אה"ע ס"י	האם שלילת רישיון נהיגה יחשב כריחוק מהבעל או כפגיעה ישירה בגופו או בממונו	♦	
543/פא/אה"ע ס"י	האם במסגרת הרחקות דר"ת ניתן לשלול מהבעל קצבת ביטוח לאומי. האם לאזרח זכות מוקנית בקצבת ביטוח לאומי ושליטתה ממנו דינה כנטילת ממונו, או שדינה כמניעת הטבה בלבד. כיצד התייחסו פוסקי הלכה בזמנינו להגדרת מעמדה של קצבת ביטוח לאומי ביחס לדיני מזונות ריבית ומעשר כספים ומעשר עני. כיצד המחוקק האזרחי הגדיר את מהותו של המוסד לביטוח לאומי וקצבותיו. הגדרת "עני", והאם אמירה וכתובה בצדקה תחשב כקניין המזכה את העני בצדקה	♦	
532/פ/אה"ע ס"י			
548/פג/אה"ע ס"י			
335/נו/אה"ע ס"י	לנקוט הרחקות אלו ביחס לאשה, בנסיבות שאין זיווגם עולה יפה וגרים בפירוד ממושך, והאשה מסרבת להתגרש	♦	
633/פט/אה"ע ס"י	בני זוג הגרים בנפרד מספר שנים, ושניהם אינם רוצים שלום בית, אך הבעל מעכב את הגירושין עד השלמת ההליכים המשפטיים בבית המשפט בענייני הרכוש, וכל אחד תולה בבן הזוג את האשמה בפירוד. האם מוטל על בית הדין לברר מי אשם בפירוד שהחל בזמנו	♦	טענות הדדיות על מרידה
271/מ/אה"ע ס"י			
633/פט/אה"ע ס"י	ביאור דינו של רבינו ירוחם המחייב גירושין כששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, באילו נסיבות יהיה מקום לחיוב הגירושין. האם יש מקום למושג "מרידה הדדית", האם יש מקום לפסיקה שקבעה שאין לחייב גירושין כשבן הזוג התובע את הגירושין החל במרידה וגרם לסרבנות הגט של הנתבע בגירושין	♦	רבינו ירוחם
329/נד/אה"ע ס"י			
633/פט/אה"ע ס"י	הבעל עזב את אשתו גר עם אשה אחרת, וברור לבית הדין שהאשה כבר אינה רוצה בבעלה, האם תחוייב בגירושין, האם הבעל יחוייב במזונותיה	♦	
242/נד/אה"ע ס"י			

636/פ"ט/סי	אה"ע ס"י	כשאדם בחר לנהל את ההליך המשפטי בערכאות, האם יוכל להתחמק מחיוב הגירושין שכבר חוייב בטענה שבן הזוג שקבל חלק מהרכוש עשק אותו	◆	ערכאות
637/צ	אה"ע ס"י	האם ניתן לפסוק כפיית גט לבעל שחי עם אשה אחרת, ובהתאם לדינו של ספר האגודה. מה טעמו של האגודה, והאם דינו מוסכם על פוסקים אחרים. האם דברי האגודה נאמרו גם כשאשתו כבר אינה רוצה בו עוד קודם לקשר עם האשה הזרה. האם ניתן לחייבו בגט על פי הודאתו. האם צריך התראה מוקדמת בטרם יחוייב בגט	◆	בעל החי עם אשה אחרת
263/לח	אה"ע ס"י	האם יבוטל חיוב הגירושין, אם בעת בגידתו חזר פעם אחת לחיות עם אשתו	◆	
647/צא	אה"ע ס"י	לדעת מהרשד"ם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאי להסכמתו לגרש, תנאי שנקל לקיימו. ביאור שיטת מהרשד"ם, ודעת הראשונים והאחרונים שכתבו להיפך מסברא זו. חלוקה בין תנאי שבו נחלקו על שיטת מהרשד"ם, לתנאי שמגמתו להוציא גולה מתחת ידה כשהאשה "אינה ציית דינא", ואין דרך להוציא הגולה מידה אלא באמצעות עיכוב הגירושין	◆	שיטת מהרשד"ם בחיוב גירושין
662/צב	אה"ע ס"י	חיוב בגירושין, בעל שהכה את אשתו, האם יש לחייבו או אף לכפותו בגירושין. שיטות הראשונים והפוסקים. אלימות שיש בה חשש סיכון חמורה יותר, וכן בזמנינו קיימת מאיסות גדולה ביחס לבעל אליים יחסית לדורות קודמים. הצורך בהתראה בטרם חיוב הגט, ומה יחשב כהתראה. האם עוד בטרם ניתן הגט יגבו ממנו כתובה ותוספת כתובה	◆	בעל אליים
672/צג	אה"ע ס"י	אסיר, הבעל בכלא, האם עצם הכליאה היא עילת חיוב או כפיית גירושין, גם בלא להתחשב בטיב מעשיו הפליליים שבגינם נכלא. דעת כמה מגדולי האחרונים וכן פסקי הדין שניתנו בנושא. האם יחשב כמורד באשתו, או מאחר שכלוא בניגוד לרצונו לא יחשב כמורד. דינו של מורד לפרק זמן ידוע מראש. האם יש להמנע מחיוב הגירושין בהעדר התראה מוקדמת	◆	חיוב גירושין
683/צג	אה"ע ס"י	כשאינה באה "מחמת טענה" שיטת הש"ך בספר גבו"א	◆	
687/צד	אה"ע ס"י	או כפית גט כשנחלקו הפוסקים, לשיטת החת"ס במחלוקת הראשונים אם כופים גירושין על בעל נכפה, אין הכרעה, ואם יכפו, הגט בטל ואף אינה ספק מגורשת. האם דברי החת"ס מוסכמים על הפוסקים והאם בית הדין רשאי להכריע במחלוקות ולפסוק על יסוד הכרעתו	◆	
328/נד	אה"ע ס"י	אמינות הטענה לשלום בית, בעת ניהול הליך לפירוק שיתוף בערכאות	◆	
324/נא	אה"ע ס"י	על יסוד אומדנא דמוכח שנאסרה, אך בהעדר שני עדים	◆	חיוב אשה בגירושין
324/נב	אה"ע ס"י	בטענת "מקח טעות", לאחר הנישואין התברר שאשה עקרה עקב ליקוי פיסיוולוגי, האשה העלימה זאת קודם לנישואים, האם יחשב כמקח טעות, האם הפסידה כתובה. האם יבוטל מקח הטעות עקב שהיית הבעל לאחר שנודע לו	◆	
327/נג	אה"ע ס"י	בטענת "מקח טעות", עקב העלמת מידע על מחלה נפשית קשה. הבחנה בין מחלה נפשית למום אחר, ביחס לטענת מקח טעות כשכבר נרפאה קודם לנישואין	◆	
339/נז	אה"ע ס"י	לקהילות שלא קבלו חרם דר"ג-	◆	חיוב אשה בגירושין
345/נט	אה"ע ס"י	אשה שעזבה את בעלה ומסרבת לשלום בית וכן לקבל גט, כפייתה בגירושין לרבות באמצעות מאסר	◆	
349/נו	אה"ע ס"י	מתן גט בעל כרחא באמצעות שליח	◆	
559/פד	אה"ע ס"י	של האשה, ללא הוראת ב"ד	◆	גירושין בעל כרחא
563/פד	אה"ע ס"י	ועבר על חרם דר"ג, האם הגט בטל	◆	
351/נט	אה"ע ס"י	אשה שקבלה גט ולא ידעה באותה עת שמקבלת גט	◆	גירושין ללא ידיעה
361/נט	אה"ע ס"י	על בגדיה ולא בידה	◆	מסירת הגט
372/נט	אה"ע ס"י	קנין הגט בהגבהה	◆	
374/נט	אה"ע ס"י	קנין הגט בחצר המשתמרת, וללא ידיעתה	◆	
564/פג	אה"ע ס"י	גט שניתן בתוך מעטפה	◆	
עח	אה"ע ס"י	מהו הנוסח למסירת מודעא, ובטענת אונס שקרית, האם יש לחוש לביטול גופו של גט שלא יועיל ביטול המודעות	◆	מסירת מודעא על הגט
499/עח	אה"ע ס"י	באמצע כתיבת הגט הבעל אמר שהוא אנוס, ובטרם מסירת הגט נעשה ביטול מודעות, האם בדבריו אלו נחשב כמודעא והאם יועיל ביטול מודעות שנעשה רק בטרם מסירת הגט	◆	
513/עט	אה"ע ס"י	בפני עד אחד	◆	
514/עט	אה"ע ס"י	בפני עובד בית הדין ומבקש שיעביר דבריו לדיינים	◆	
168/כד	אה"ע ס"י	שלילת האפשרות לסדר גט בתנאי	◆	גט בתנאי

אה"ע ס"י פה/568.	שליח להולכה	שליח להולכה ראשון מינה שליח שני, ונאלץ למנות שליח אחר במקומו, האם יוכל למנות שליח אחר. האם כלתה שליחותו של ראשון לאחר שכבר מינה את השני. אם בכוחו של שליח ראשון לבטל מינוי שליח שני. האם שליח ראשון יכול למנות שליח אחר כשהגט כבר אינו בידו
אה"ע ס"י פו/577.	גט מוטעה	האם יש חשש בכשרות הגט כשלאחר הגירושין האשה אינה מקיימת את ההסכם שהוסדר טרם הגירושין. האם הטעייה בעת מתן הגט חמורה יותר
אה"ע ס"י פו/583.		"הגט מווינא", דעת גדולי ישראל שדנו בכשרותו, והכרעת ההלכה
אה"ע ס"י פו/614.		בעל המחוייב בגירושין שהוטעה
אה"ע ס"י פו/615.		גט שניתן לאחר פסיקת חיוב גירושין מוטעית
אה"ע ס"י פו/591, 618, 607-608.		מוטל על מסדר הגט לסדרו בדרך שתסיר כל חשש לטענה לביטול הגט לאחר הגירושין
אה"ע ס"י פז/618.	לנה עמו בפונדקי"	בלא עידי יחוד, אלא שהיה הדבר מפורסם, מחלוקת הריב"ש והרא"ה. האם נאמנים לטעון שלא היתה כוונת קידושין. האם נאמרה הלכה זו באדם שאינו שומר תורה ומצוות
אה"ע ס"י פז/618.	זוג התגרש וחזרו לחיות יחד	למשך כשנה בהעדר פתרון למגורים נפרדים לאחר הגירושין. לאחר מכן האשה עזבה ונישאה לאדם אחר, האם יש לחייבה בגט מבעלה הראשון.
אה"ע ס"י פח/629.	"לנה עמו בפונדקי"	אך עידי הייחוד אינם יודעים שהתגרשה, האם יוכלו להיחשב כעידי קידושין, מחלוקת האחרונים בזה. "לנה עמו בפונדקי" כשאינו מקפיד על איסור נדה
אה"ע ס"י צה/689.	חליצה	מבנה הנעל, האם יש לעשותה כך שתכסה את רוב גב כף הרגל, וחלקה העליון יהיה רובו סגור. מה הביאור בדברי הגמ' שעל הנעל להיות "חופה את רוב רגלו"
אה"ע ס"י עה/475.	"שטר חליצה"	להבטחת החליצה, טיבו, מדוע אינו ככפיה לחלוץ
אה"ע ס"י פ/527.		להבטחת החליצה, התועלת שבו לאפשר הרחקות דר"ת
אה"ע ס"י צז/696.	"אחד לבעל ואחד לבעל"	גדר הלכה זו, אשה נישאה בחו"ק ונפרדה בפירוד חוקי בערכאות ובלא ג"פ כדמו"ק, נישאה לגוי ולאחר שעזבתו מבקשת לחזור לבעלה היהודי. בירור שיטת ר"ת שביאת גוי אינה אוסרת. בירור מעמדה כשוגגת שאינה נאסרת לבעלה.
אה"ע ס"י צז/701.		בירור שיטת מהרי"ק, שהאיסור נקבע מפני שמעלה מעל לבעלה ולא מצד כוונתה לאיסור

ענייני חו"מ

הלכות דיינים ועדות

חוי"מ ס"י א/707, ס"י ג/717,720.	מקום הדיון	האם בבית הדין הקבוע בעיר
חוי"מ ס"י א/707.		האם בזבלי"א או בבית הדין הקבוע בעיר
חוי"מ ס"י ה/723.		בדיון בתביעות בין בעל ואשה
חוי"מ ס"י ו/726.		במקום שבו נעשה העסק
חוי"מ ס"י ז/729.		כשיש שני בתי דין קבועים בעיר אחת
חוי"מ ס"י ח/728.		אין מקום להעביר דיון לבי"ד אחר טרם הושלם הדיון בכל הנושאים
חוי"מ ס"י ח/733.		בבני זוג שגרו בארה"ב, האשה עזבה את הבעל והגיעה לארץ
חוי"מ ס"י ג/718.		כשאחד מבעלי הדין הוא איש ציבור המוכר בעיר
חוי"מ ס"י ג/712.	שטר בורות	חובת החתימה על שטר בורות, ונוסח השטר
חוי"מ ס"י ג/716.	כתב תביעה	מפורט, האם מוטל על התובע לפרט את תביעתו טענותיו וראיותיו
חוי"מ ס"י כד/809.	בית דין	התוקף שיש להסכמה בפני בית הדין או בפני הקהל גם בהעדר קניין
חוי"מ ס"י יד/752.	דיין קרוב	לבעל דין שתובע טובת הנאה בלבד
חוי"מ ס"י לו/879.	דיין	המתגורר באותה העיר, כשירותו לדון בענייני העיר
אה"ע ס"י נא/324.	בעל דין המתחמק מלהשיב לשאלות ביה"ד	יחשב שהתברר ששיקר בטענותיו
חוי"מ ס"י מא/905.	"עביד איניש דינא לנפשיה"	גדרו

אה"ע סי' יג/101.	האם טענה זו מתקבלת	◆	"שטר שבידך זכות יש לי בו"
חוי"מ סי' א/709.	כיצד לנהוג, האם התובע חייב לתבוע כל אחד מהנתבעים בנפרד	◆	ריבוי נתבעים
חוי"מ סי' מה/930.	חיוב של "לפנים משורת הדין" לעמותה ציבורית	◆	"לפנים משורת הדין"
אה"ע סי' מ/275, סי' כג/803.	כללי טענת קים לי, והאם ניתן לטעון קים לי נגד הכרעת ב"ד	◆	קים לי
חוי"מ סי' מב/909.	כשיטת ראשונים בניגוד לפסיקת שו"ע	◆	פשרה
	כשפוסקים פשרה ונחלקו הדעות בין הדיינים האם ניתן לפסוק על פי רוב-- חוי"מ סי' ב/709.	◆	מסרב לדין תורה
חוי"מ סי' ד/722.	הטלת נידוי עליו	◆	ערכאות
חוי"מ סי' ז/730.	מעמדו של "בית הדין לעבודה" כשאר בתי משפט וערכאות	◆	
חוי"מ סי' יג/749.	בית דין של סוחרים האם יחשב כערכאות	◆	
חוי"מ סי' כג/806.	מעמדה של הלשכה להוצל"פ כערכאות, והאם כשהנתבע ציית דינא יוכל לפנות ללשכה להוצל"פ בלי רשות בית דין	◆	
אה"ע סי' מט/318.	מעמדו של בית משפט בשבתו לדון בנושאים פליליים כערכאות	◆	
חוי"מ סי' יב/745.	הלך לערכאות וחוזר ומבקש לדון בדין תורה, אם נוקקין לו והטעם	◆	
חוי"מ סי' ז/732.	היתר לתבוע בערכאות, האם רק לאחר שהתברר חיובו של הנתבע	◆	
אה"ע סי' מח/307.	האם ניתן לעשות קנין לחלוקה כפי החוק, ולפסוק על יסוד הקנין, האם יש יסוד לטענה שיש להמנע מקנין מפני שמייקר ערכאותיהן	◆	
חוי"מ סי' ח/733.	מהארץ לבעל תושב ארה"ב, עקב תביעת הגירושין	◆	צו עיכוב יציאה
חוי"מ סי' ט/737.	החובה המוטלת על בית הדין למנוע סתימתן	◆	סתימת טענות בעל דין
	אה"ע סי' י"א/831.	◆	"עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה"
חוי"מ סי' כא/795.	האם פוטר משבועת היסט	◆	עד קרוב המסייע

הלכות קניינים ונזיקין

חוי"מ סי' טו/754.	טיבו והכשרו, מדוע אין בו ריעותא של "מפי כתבם", ניסוחו והראויים לחתום בו	◆	שטר "מעשה בית דין"
חוי"מ סי' טז/766.	גדרו, נאמנות או התחייבות, האם יש חולקים שאינו קניין	◆	קנין אודיתא
חוי"מ סי' מ/896.	מה הביאור בקנין סיטומתא	◆	סיטומתא
חוי"מ סי' מ"א/896.	האם חיוב פיצוי עקב הפרת הסכם אינו אסמכתא ותקף כסיטומתא	◆	
חוי"מ סי' יג/749.	מעמדו של בית דין של סוחרים על יסוד קנין סיטומתא	◆	
חוי"מ סי' כג/802.	תוקף הצ'ק כמסמך מחייב על יסוד קנין סיטומתא	◆	
חוי"מ סי' כד/809, 813.	תוקף הסכם חתום ו"יפוי כח בלתי חוזר" על יסוד קנין סיטומתא	◆	
חוי"מ סי' כד/813.	האם "קניין דברים", יקבל תוקף אם כך מנהג הסוחרים	◆	
חוי"מ סי' כד/808.	האם חתימה על המסמך כמינוי שליחות ויכול לחזור בו	◆	"יפוי כח בלתי חוזר"
חוי"מ סי' כד/811.	התחייבות שלא לחזור, תוקפה	◆	
חוי"מ סי' כד/813.	סוגיית שליש על פי נתיבות המשפט, ותוקף יפוי כח בלתי חוזר כדין שליש	◆	שליש
חוי"מ סי' לח/888.	ביחס לחוק המתוכים	◆	"דינא דמלכותא דינא"
אה"ע סי' מח/305, חוי"מ סי' לח/889.	ביחס לחוק הגנת הדייר	◆	
אה"ע סי' מח/304.	ביחס לחלוקת רכוש שווה עפ"י חוק יחסי ממון	◆	
חוי"מ סי' מה/923.	בתשלום פיצויי פיטורין	◆	
חוי"מ סי' לח/890.	בארץ ישראל	◆	
אה"ע סי' מח/305.	כשכך נהגו ובסתמא התקשרו על דעת המנהג	◆	
חוי"מ סי' לח/889.	תוקפו כשכך מנהג המדינה, על יסוד קנין סיטומתא	◆	
חוי"מ סי' מח/946.	הבחנה בין החוק, ובין פסיקת בתי המשפט שאינה מעוגנת בחוק	◆	
חוי"מ סי' כב/797.	טוען שחיובו נמחל, ואין לו ראיה. טוען מחילה, ויש לו מיגו פרעתי	◆	מחילה
חוי"מ סי' כד/813.	מקח הנעשה בעקבות יעוץ מוטעה שקבל הקונה	◆	טענה לביטול מקח
חוי"מ סי' לא/852.	באמצעות נציגו במושב, וסמכות מזכיר המושב	◆	סמכות הציבור

285/מג/סי	קנה כרטיס בכסף שהוא בשותפות עם חברו, למי שייכת הזכיה	◆	מפעל הפיס
894/מ/סי	בהסכם שבו סעיף פיצוי כספי בגין הפרת ההסכם. באילו תנאים ניתן לגבות את הקנס הקבוע בהסכם, והאם יש לחייב עכ"פ חלק מהפיצוי	◆	אסמכתא
891/לט/סי	האם תאריך היעד לסיום המלאכה הוא תנאי לעסקה, וחריגה מהתאריך גוררת ביטול העסקה	◆	תנאי בעסקה
973/נה/סי	האם ניתן לתובע "זכויות יוצרים", לאחר שהושלמה העבודה ומלכתחילה לא בקש זכות זו. האם המקליט שיעור תורני, חייב את זכויות היוצרים של הקלטות לרב	◆	"זכויות יוצרים"
777/ז/סי	סתירה בין סעיף אחד בהסכם לסעיף אחר או לנספח	◆	פרשנות הסכם
801/כג/סי	מעמדו על פי ההלכה, כהוראת תשלום בלבד, או כשטר התחייבות, האם יוכל לטעון קים לי כדעות שאין בציק התחייבות ברת תוקף על פי ההלכה, האם על פי ההלכה רשאי לבטלו.	◆	הצ'ק
805/כג/סי	(פושט רגל)	◆	תקנת בורח
ח"מ סי כד.	הטענה שההקנאה נעשתה למטרת הברחה מנושים בלבד	◆	הברחה מבעלי חוב
ח"מ סי כ/789.	נמצא מטבע מזויף, מחלוקת הטי"ז והש"ך כשהתובע טוען איני יודע אם פרעתיך בשטרות מזויפים, האם דינו כאומר איני יודע אם פרעתיך, או איני יודע אם התחייבתי	◆	פירעון חוב
ח"מ סי כ/781, סי כא/795.	גדרו	◆	"ברי על ידי אחר"
ח"מ סי כא/793, וסי מא/906.	ואח"כ דורש תשלום	◆	מהנה חברו בסתמא
ח"מ סי לב/854, אה"ע סי לב/215.	כדרך לפירוק שיתוף בנכס	◆	גוד או איגוד
אה"ע סי עה/467.	האם כשהאדם הביא על עצמו את האונס, יחשב כאונס	◆	אונס
ח"מ סי נא/956.	דינו של משיג גבול כגזלן	◆	השגת גבול
ח"מ סי נא/956.	שכן שהרחיב דירתו ופלש לשטח ציבורי שבסמוך לביתו, אף שהנתבע לא פלש לשטחו של התובע הוא רשאי לנהל את התביעה כאחד מבני רשות הרבים	◆	
ח"מ סי לז/887.	האם בהשגת גבול נאמרה "תקנת מריש"	◆	תקנת השבים
ח"מ סי מה/927.	האם מעשיו של אחד השותפים יחייב את שאר השותפים	◆	שותפים
אה"ע סי נט/364.	בכלי, האם דוקא בכלי שיש לו בית קיבול	◆	קנין חצר
אה"ע סי נט/367.	גדריו	◆	קנין יד
ח"מ סי כה/822, כח/845.	האם ניתן למנוע בניה בטענה של הסתרת הנוף	◆	עיכוב בניה
ח"מ סי כה/824, סי כח/848.	האם ניתן למנוע בניה בטענה של ירידת ערך הדירה	◆	
ח"מ סי כז/383.	שכן בנה מרפסת לצורך בניית סוכה ולאחר כמה שנים שכנו שמעליו הרחיב את הדירה וחסם את האפשרות לבנות סוכה במרפסת, האם בעל המרפסת יוכל למנוע את ההרחבה, האם שכן רשאי למנוע את חברו מבניית סוכה בחצר המשותפת	◆	
ח"מ סי כז/841.	זכות שכן בבניין משותף להוסיף מרפסת ללא רשות שאר השכנים	◆	
ח"מ סי כט/849, סי לז/885.	האם בעל דירה בבניין משותף רשאי לבצע עבודות שיפוץ בבניין, או עליו לקבל את רשות שאר השותפים	◆	
ח"מ סי כט/849.	התקנת מרזב המטפטף למרפסת השכן	◆	
ח"מ סי ל/850.	השכן מתחתיו נהנה מחלק מההרחבה וצפוי להנות מהשאר, כיצד לחייבו בהשתתפות בהוצאות העליון	◆	הרחבת בניה
ח"מ סי לז/885.	אם נזקקין להם, בית המשותף לארבעה דיירים, ושניים מהם עשו עבודות בניו והרחבה בדירתם בלא הסכמת השותפים, וכעת תובעים תביעות הודיות לנזקי שכנים	◆	נזקי שכנים
ח"מ סי כה/817, כח/847.	בבתים וחצירות בזמנינו, וחזקה בהיזק ראייה	◆	"היזק ראייה"
ח"מ סי כו/829.	שיעור קביעת גובה התשלום, היזק חפץ שיש לו חשיבות לניזק בלבד, אך אין לו מחיר להימכר בשוק. האם בקביעת שיעור התשלום, הקובע הוא הערך לניזק או הערך בשוק	◆	ניזקין
ח"מ סי נד/970.	על מי מוטלת חובת ההוכחה בטענת "הזקתי ברשות". התובע טוען שהנתבע עקר מטע שלו ללא רשות, והנתבע טוען שקבל רשות במסגרת עסקה להחלפת שטחים חקלאיים, האם החובה תוטל על התובע המבקש להוציא ממון או על הנתבע שעקר את המטע	◆	
ח"מ סי נב/957.	תאונת דרכים שהסתיימה בנוק בלבד, ושני הצדדים תובעים פיצוי. הנוסע במכונית או רוכב על סוס ומזיק, דינו כאדם המזיק או כממון המזיק, האם יש חילוק בין מזיק בעת נסיעה למזיק בעת עצירה באמצע הכביש. על מי חובת הראייה לפשיעתו של חברו	◆	תשלומי ניזקין
ח"מ סי מה/930.	אחריות חברה לנזקי עובד מטעמה	◆	נזקי עובד
ח"מ סי כז/838.	לעומת "חזקת קרקע"	◆	"חזקת תשמישים"
ח"מ סי כז/843.	המעמד ההלכתי שיש ל"ועד הבית" בבניין משותף	◆	"ועד הבית"

חוי"מ סי' לג/861.	תשלום לשותף שנמנע ממנו השימוש, האם שותף שנמנע ממנו השימוש בשותפות יקבל תשלום מהשותף שהשתמש בכל הנכס המשותף. ביאור תשובת הרשב"א, והאם יש ראשונים החולקים על הרשב"א. האם בני זוג לעניין זה כשני שותפים	◆	דמי שימוש בנכס
חוי"מ סי' נג/965.	דירה משותפת של בני זוג גרושים, והאשה גרה בדירה ונישאה מחדש. בהסכם הגירושין נקבעה זכותה של האשה לגור בדירה כל עוד אינה נישאת מחדש. האם יש לחייב את הבעל השני בדמי שימוש, על תקופה שעברה, ומכאן ולהבא. האם זכותה של האשה לטעון שיש להסיר את התביעה כל עוד הבעל אינו משלם דמי מזונות עבור ילדיהם.	◆	דר בחצר חבירו
חוי"מ סי' נג/965.	שלא מדעתו, או בניגוד להסכמתו, האם חייב להעלות לו שכר	◆	יורד לשדה חבירו
חוי"מ סי' מט/950.	ברשות	◆	
חוי"מ סי' נ/953.	שוכר שצבע את הדירה על דעת עצמו, דינו כיוורד לשדה חבירו של מדעתו, האם בעל הבית חייב להעלות לו שכר, או יכול לטעון שהצביעה אינה נחוצה	◆	
חוי"מ סי' לד/870.	שוכר שסיים את תקופת השכירות ומבקש למנוע משוכר אחר להכנס לאחרי, בטענת זכותו כבר מצרא, האם יש ממש בטענה זו	◆	בר מצרא
חוי"מ סי' לה/874.	תביעת שותף לפרק את השיתוף עוד בתוך תקופת השותפות. מה הן העילות המצדיקות פירוק שיתוף באמצע תקופת השותפות	◆	שותפות פירוקה
חוי"מ סי' לה/874.	אם דינו של שותף כפועל היכול לחזור בו בחצי היום.	◆	שותף
חוי"מ סי' לו/878.	סמכות בני העיר להטיל מסים, האם יש תושבים הפטורים מתשלום מס. הטוען שאינו יכול לשלם מסים, הקריטריונים לגבייתם	◆	"בני העיר"
חוי"מ סי' לו/880.	דינם כשותפים	◆	
חוי"מ סי' לו/884.	חובת הדיווח ופרסום ניהול ענייני העיר	◆	
חוי"מ סי' מא/904.	נגריה סיפקה סחורה ללקוח ולאחר זמן נמצאו תולעים בריהוט. האם על הלקוח להוכיח שהתולעים היו בעת הרכישה או על המוכר חובת הראיה	◆	סחורה שנמצאה פגומה
חוי"מ סי' מא/905.	האם בעת חילוקי דעות, רשאי לפדות צ'ק ביטחון שנתר ברשותו	◆	צ'ק ביטחון
חוי"מ סי' מא/907.	קונה רכש דירה וסוכם על דירה ששטחה מסויים, והתברר שהשטח האמיתי של הדירה הוא פחות. המוכר טוען שהדירה מוכרת היטב לקונה, וקנה אותה כפי שהיא, והקונה טוען לביטול המקח או הפחתה מהמחיר – חוי"מ סי' מב/907.	◆	טענת מקח טעות
חוי"מ סי' מב/913.	כשמקח מתבטל האם יחוייב הקונה בתשלום שכר דירה	◆	מקח טעות
חוי"מ סי' נו/974.	הגדרות סוגי בתי הכנסת השונים	◆	בית הכנסת
חוי"מ סי' נו/974.	של כפרים, של כרכים, של טורסיים, של יחיד. חילוקי הדינים ביניהם. העיר צפת אם נידונת ככרך, היום ולפני מאה שנה. בית כנסת שחרב ונבנה מחדש. כללי מינוי אפוטרופוס לניהול ביכ"נ. תביעה לבעלות ואפוטרופסות על בית כנסת	◆	
חוי"מ סי' נז/983.	מעמדו, האם מותר לבנות מחיצה או מתקן ליד קבר אחד כשאינו מצוי בשאר הקברים	◆	בית העלמין
דיני פועלים			
חוי"מ סי' מד/918.	פועל עבר ללא הסכם, והחל לעבוד ללא כל סיכום על גובה שכרו	◆	שכר פועלים
חוי"מ סי' מד/918.	מורה שעזבה מוסד לימודי אחד ועברה לשני והחלה לעבוד ללא סיכום תנאי העסקתה, האם בסתמא תקבל בהתאם לתנאים שקבלה במוסד הקודם	◆	
חוי"מ סי' מה/923.	חיוב תשלום שכרו, התובע הועסק בשעורי תורה על ידי ארגון ציבורי, ונציג הארגון הטעה את התובע, וערך סיכום בניגוד להוראת המקובלות. האם הארגון מחוייב בסיכומים אלו. עד כמה פעולות הנציג מחייבות את הארגון למרות החריונות	◆	
חוי"מ סי' מד/922, סי' מז/944.	אילו נסיבות מצדיקות פיטורין באמצע התקופה	◆	פיטורין
חוי"מ סי' מז/943.	פיטורי עובד, פיטורי עובדת בעת היותה בהריון, וללא עילה מוצדקת	◆	
חוי"מ סי' מג/914.	תביעת תלמידה במוסד לימודי לביטול ההתקשרות והשבת סכומי הכסף ששילמה. טענה שחלק מתכנית הלימוד כרוכה באיסור	◆	שכר למוד
חוי"מ סי' מג/916.	התוקף המשפטי להתקשרות הכרוכה במעשה אסור	◆	חובה אסור
חוי"מ סי' לט/893.	מאימתי עובר על בל תלין	◆	הלנת שכר
חוי"מ סי' כו/834.	קבל חפץ לעבודה אם יחשב כשומר, ואם יש להפחית משכרו כשהחפץ אבד בפשיעה	◆	אומן
חוי"מ סי' מה/925.	גדרו	◆	"יד פועל כיד בעל הבית"

חוו"מ ס"י מו/933.	הגדרתם וההבדלים ביניהם. התובע קבל עבודת תרגום מאמרים תורניים, ועבודתו הופסקה, האם דינו כפועל או כקבלן. האם יש לשלם לו שכר עד תום השנה ופיצויי פיטורין	◆	פועל לעומת קבלן
חוו"מ ס"י מו/940.	טענת אונאה בשכר פועל	◆	אונאה
חוו"מ ס"י יד/752.	אם נחשב כממון וגדרו	◆	טובת הנאה
חוו"מ ס"י לח/887.	על פי ההלכה מתווך זכאי לשכר גם בהעדר סיכום מוקדם, וק"ו בהעדר רישום הסיכום. אך על פי החוק אין חובת תשלום בלא הסכם מפורט בכתב. האם מעת שהונהג החוק. גם לפי ההלכה, אין חובת תשלום בלא הסכם מפורט כדרישת החוק	◆	דמי תיווך
חוו"מ ס"י מז/944.	ומנהג הרשת המעסיקה, כשיקול בקביעת תנאי העסקה	◆	מנהג המדינה
חוו"מ ס"י מז/945.	לציית להוראות המנהל, כתנאי יסודי להעסקתו	◆	חובת המורה
חוו"מ ס"י מח/945.	ויתור העובד על זכויותיו, כשפסיקת בתי המשפט אינה מכירה בתוקף הויתור. מה הדין על פי ההלכה	◆	זכויות עובד
חוו"מ ס"י מח/946.	מוסד חינוכי המקבל תשלום על מנת שיעבירו לעובדיו ואינו מעביר	◆	